Law Reform Commission of Canada
Commission de réforme du droit du Canada

CRIMINAL LAW

public and media access to the criminal process

Working Paper 56

Canada

Reports and Working Papers of the Law Reform Commission of Canada

Reports to Parliament

1. *Evidence* (December 19, 1975)
2. *Guidelines — Dispositions and Sentences in the Criminal Process** (February 6, 1976)
3. *Our Criminal Law* (March 25, 1976)
4. *Expropriation** (April 8, 1976)
5. *Mental Disorder in the Criminal Process** (April 13, 1976)
6. *Family Law** (May 4, 1976)
7. *Sunday Observance** (May 19, 1976)
8. *The Exigibility to Attachment of Remuneration Payable by the Crown in Right of Canada** (December 19, 1977)
9. *Criminal Procedure — Part I: Miscellaneous Amendments** (February 23, 1978)
10. *Sexual Offences** (November 29, 1978)
11. *The Cheque: Some Modernization* (March 8, 1979)
12. *Theft and Fraud** (March 16, 1979)
13. *Advisory and Investigatory Commissions* (April 8, 1980)
14. *Judicial Review and the Federal Court** (April 25, 1980)
15. *Criteria for the Determination of Death** (April 8, 1981)
16. *The Jury* (July 28, 1982)
17. *Contempt of Court** (August 18, 1982)
18. *Obtaining Reasons before Applying for Judicial Scrutiny — Immigration Appeal Board* (December 16, 1982)
19. *Writs of Assistance and Telewarrants* (July 22, 1983)
20. *Euthanasia, Aiding Suicide and Cessation of Treatment** (October 11, 1983)
21. *Investigative Tests: Alcohol, Drugs and Driving Offences** (November 10, 1983)
22. *Disclosure by the Prosecution* (June 15, 1984)
23. *Questioning Suspects* (November 19, 1984)
24. *Search and Seizure* (March 22, 1985)
25. *Obtaining Forensic Evidence* (June 12, 1985)
26. *Independent Administrative Agencies* (October 23, 1985)
27. *Disposition of Seized Property* (April 24, 1986)
28. *Some Aspects of Medical Treatment and Criminal Law* (June 12, 1986)
29. *Arrest* (November 6, 1986)
30. *Recodifying Criminal Law*, Vol. I (December 3, 1986)

Working Papers

1. *The Family Court** (1974)
2. *The Meaning of Guilt: Strict Liability** (1974)
3. *The Principles of Sentencing and Dispositions** (1974)
4. *Discovery** (1974)
5. *Restitution and Compensation** (1974)
6. *Fines** (1974)
7. *Diversion** (1975)
8. *Family Property** (1975)
9. *Expropriation** (1975)
10. *Limits of Criminal Law: Obscenity: A Test Case** (1975)
11. *Imprisonment and Release** (1975)
12. *Maintenance on Divorce** (1975)
13. *Divorce** (1975)
14. *The Criminal Process and Mental Disorder** (1975)
15. *Criminal Procedure: Control of the Process** (1975)
16. *Criminal Responsibility for Group Action** (1976)
17. *Commissions of Inquiry: A New Act** (1977)
18. *Federal Court: Judicial Review** (1977)
19. *Theft and Fraud: Offences* (1977)
20. *Contempt of Court: Offences against the Administration of Justice** (1977)
21. *Payment by Credit Transfer* (1978)
22. *Sexual Offences** (1978)
23. *Criteria for the Determination of Death** (1979)
24. *Sterilization: Implications for Mentally Retarded and Mentally Ill Persons** (1979)
25. *Independent Administrative Agencies** (1980)
26. *Medical Treatment and Criminal Law** (1980)
27. *The Jury in Criminal Trials** (1980)
28. *Euthanasia, Aiding Suicide and Cessation of Treatment** (1982)
29. *The General Part: Liability and Defences* (1982)
30. *Police Powers: Search and Seizure in Criminal Law Enforcement** (1983)
31. *Damage to Property: Vandalism* (1984)
32. *Questioning Suspects* (1984)
33. *Homicide* (1984)
34. *Investigative Tests* (1984)
35. *Defamatory Libel* (1984)
36. *Damage to Property: Arson* (1984)
37. *Extraterritorial Jurisdiction* (1984)
38. *Assault* (1984)
39. *Post-Seizure Procedures* (1985)
40. *The Legal Status of the Federal Administration** (1985)
41. *Arrest* (1985)
42. *Bigamy* (1985)
43. *Behaviour Alteration and the Criminal Law* (1985)
44. *Crimes against the Environment* (1985)
45. *Secondary Liability* (1985)
46. *Omissions, Negligence and Endangering* (1985)
47. *Electronic Surveillance* (1986)
48. *Criminal Intrusion* (1986)
49. *Crimes against the State* (1986)
50. *Hate Propaganda* (1986)
51. *Policy Implementation, Compliance and Administrative Law* (1986)
52. *Private Prosecutions* (1986)
53. *Workplace Pollution* (1986)
54. *Classification of Offences* (1986)
55. *The Charge Document in Criminal Cases* (1987)

The Commission has also published over seventy Study Papers on various aspects of law. If you wish a copy of our catalogue of publications, please write to: Law Reform Commission of Canada, 130 Albert Street, Ottawa, Ontario, K1A 0L6, or Suite 310, Place du Canada, Montréal, Québec, H3B 2N2.

* Out of print. Available in many libraries.

PUBLIC AND MEDIA ACCESS TO THE CRIMINAL PROCESS

Available by mail free of charge from:

Law Reform Commission of Canada
130 Albert St., 7th Floor
Ottawa, Canada
K1A 0L6

or

Suite 310
Place du Canada
Montréal, Québec
H3B 2N2

© Law Reform Commission of Canada 1987
Catalogue No. J32-1/56-1987
ISBN 0-662-55116-8

Law Reform Commission
of Canada

Working Paper 56

PUBLIC AND MEDIA ACCESS TO THE CRIMINAL PROCESS

1987

Notice

This Working Paper presents the views of the Commission at this time. The Commission's final views will form part of its new Code of Criminal Procedure to be presented in a Report to the Minister of Justice and Parliament after the Commission has taken into account comments received from the public.

The Commission seeks responses from members of the judiciary, legislative bodies, the legal and journalism professions, and the public at large.

The Commission would be grateful to receive written comments addressed to:

Secretary
Law Reform Commission of Canada
130 Albert Street
Ottawa, Canada
K1A 0L6

Commission

Mr. Justice Allen M. Linden, President
Mr. Gilles Létourneau, Vice-President
Mr. Joseph Maingot, Q.C., Commissioner
Mr. John Frecker, Commissioner

Secretary

François Handfield, B.A., LL.L.

Co-ordinator, Criminal Procedure

Stanley A. Cohen, B.A., LL.B., LL.M.

Principal Consultant

James W. O'Reilly, B.A. (Hons.), LL.B.

Table of Contents

ACKNOWLEDGEMENTS 1

INTRODUCTION 3

CHAPTER ONE: The Concept of Openness 5

I. Openness as a Virtue of Democracy 5
II. The Role of the Media 9
III. Openness in the Administration of Criminal Justice 14
IV. Competing Values 17

CHAPTER TWO: The Present Law 21

I. The Threshold Question 21
II. A Synopsis of the Canadian Law 24
A. Pretrial Proceedings 24
B. Criminal Trials 30
C. Young Persons 38

CHAPTER THREE: Reforming the Present Law 41

I. The Need for Reform 41
II. Recommendations and Commentary 43
A. General 43
RECOMMENDATION 1 — Arrangement of Statutory Provisions 43
RECOMMENDATION 2 — Presumption in Favour of Openness 44
RECOMMENDATION 3 — Automatic Publication Bans 45
RECOMMENDATION 4 — Public Morals 46
RECOMMENDATION 5 — Discretionary Powers 46
RECOMMENDATION 6 — General Power to Exclude the Public 47
RECOMMENDATION 7 — General Publication Bans 50
RECOMMENDATION 8 — Special Provisions for Closed Proceedings 57
B. Pretrial Matters 58
RECOMMENDATION 9 — Electronic Surveillance 60
RECOMMENDATION 10 — Search Warrants 64
RECOMMENDATION 11 — Disposition of Seized Property 71
RECOMMENDATION 12 — Charge Documents 72
RECOMMENDATION 13 — Issuance of Process 73

RECOMMENDATION 14 — Judicial Interim Release Hearings 75
RECOMMENDATION 15 — Preliminary Inquiries 75
RECOMMENDATION 16 — Pretrial Motions and Applications 79
RECOMMENDATION 17 — Pre-hearing Conferences 80
C. Criminal Trials and Appeals 82
RECOMMENDATION 18 — Criminal Trials 82
RECOMMENDATION 19 — Trials of Young Persons 83
RECOMMENDATION 20 — Access to Exhibits 84
RECOMMENDATION 21 — Motions and Applications during and after Trial 85
RECOMMENDATION 22 — Appeals 86
D. Electronic Media Coverage 87
RECOMMENDATION 23 — Electronic Media Coverage 89

CHAPTER FOUR: Summary of Recommendations 93

APPENDIX: Restrictions on Public and Media Access 101

Acknowledgements

In the preparation of this Working Paper, in addition to obtaining the views of its regular consultation groups, the Commission sought the advice of the individuals listed below who have a special interest and expertise in the subject of public and media access to the criminal process. We are grateful to them for the time and effort they devoted to reading various drafts of this paper, making written submissions and meeting with us to discuss its improvement. The Commission's tentative recommendations are, of course, its own and are not necessarily endorsed by those with whom we consulted.

Philip Anisman, Goodman and Carr, Toronto
Alan Borovoy, Canadian Civil Liberties Association, Toronto
Bert Bruser, Blake, Cassels & Graydon, Toronto
Peter Calamai, Southam News, Ottawa
June Callwood, *The Globe & Mail*, Toronto
Tony Cox, News Director, CHEK-TV, Victoria
Murdoch Davis, Assistant Managing Editor, *The Citizen*, Ottawa
Mr. Justice Charles Dubin, Ontario Court of Appeal, Toronto
John Foy, President, Canadian Daily Newspaper Publishers Association, Toronto
Raymond Giroux, *Le Soleil*, Québec
Edward L. Greenspan, Q.C., Greenspan & Rosenberg, Toronto
Ron Haggart, CBC, "The Fifth Estate," Toronto
Patrick A. Harden, Publisher, *The Edmonton Sun*, Edmonton
Daniel S. Henry, Legal Counsel, CBC, Toronto
Casey Hill, Ministry of the Attorney General, Toronto
David Lepofsky, Ministry of the Attorney General, Toronto
Harold Levy, *Toronto Star*, Toronto
Thompson MacDonald, News Director, CFCN-TV, Calgary
Lynden MacIntyre, CBC, "The Journal," Toronto
Professor Robert Martin, Faculty of Law, University of Western Ontario
J. Patrick O'Callaghan, Publisher, *Calgary Herald*, Calgary
Michel Proulx, Proulx, Barot & Masson, Montréal
Jim Reed, CTV, "W5," Toronto
Stuart M. Robertson,* Blake, Cassels & Graydon, Toronto
Brian Rogers, Blake, Cassels & Graydon, Toronto
Clayton Ruby, Ruby & Edwardh, Toronto
Vicki Russell, CBC, "The National," Toronto
David W. Scott, Scott & Aylen, Ottawa
James K. Struthers, Executive Vice-President, *The Leader-Post*, Regina
Bodine Williams, CTV News, Toronto
Arthur E. Wood, Publisher and General Manager, *Cambridge Daily Reporter*, Cambridge

* We owe special thanks to Mr. Robertson for arranging consultations between the Commission and representatives of the Canadian Daily Newspaper Publishers Association and the Radio-Television News Directors Association of Canada.

Introduction

Freedom of expression is one of our most valued liberties. However, as will be seen throughout this paper, the present *Criminal Code*[1] is filled with restrictions on that freedom (see Appendix, *infra*, p. 101). In some cases, publication bans or limits on the public's entitlement to attend criminal proceedings seek to protect the right of an accused to a fair trial. In others, the limitations are for the benefit of "public morals." Some protect the interests of innocent participants in the criminal process, such as witnesses or victims of crime. Our approach in this Working Paper is to examine these limitations on the freedom to communicate information about the criminal process and determine whether they are desirable, consistent and effective.

While we recognize that freedom of expression is of extreme importance in a democratic society, we have not ignored the importance of other interests that limitations on expression have sought to protect. In other areas of the law, such as libel, hate propaganda and obscenity, we accept limits on expression out of a desire to promote certain social values. Given those kinds of limits, we believe that it may be justifiable to restrict freedom of expression occasionally in this area of the law to protect significant social values. We do, however, believe that its importance is sufficiently great as to require that limitations only be imposed when and to the extent necessary to protect those other substantial interests.

Our paper surveys the present law governing the extent to which the public and the media may attend criminal proceedings, examine documents relating to the criminal process and communicate what they have learned to others. We deal specifically with access to criminal matters. Although identical issues are often raised in civil cases and administrative proceedings, we feel that it is particularly important that we address ourselves to issues of openness in criminal proceedings so that our recommendations may form part of our proposed comprehensive Code of Criminal Procedure. Thus, the present Working Paper confines itself to questions of access and reporting in relation to the pretrial, trial, and appeal process in criminal cases.[2]

The Commission has long recognized the need for an in-depth treatment of the issues related to access and publicity in the criminal process. In our Report 10 on *Sexual Offences* we stated that the question of identifying victims and accused in sexual

---

1. *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34 [hereinafter *Criminal Code*].

2. We do not, therefore, deal with questions of access to information about criminal matters which may be held in police files or government data banks. This is covered by the federal and provincial freedom of information statutes: *Access to Information Act*, S.C. 1980-81-82-83, c. 111, Schedule I; *Privacy Act*, S.C. 1980-81-82-83, c. 111, Schedule II; and, for example, *An Act respecting Access to Documents Held by Public Bodies and the Protection of Personal Information*, R.S.Q., c. A-2.1.

offences should be addressed within a larger work on public access and publicity.[3] In our Report 24 on *Search and Seizure*, we recommended the introduction of a means of restricting publication of the contents of search warrants in the interest of protecting the identities of innocent persons.[4] However, we then refrained from making any recommendations on public and media access in our Report 27 on *Disposition of Seized Property*[5] in light of the volume of cases interpreting the freedom of the media protected by the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*[6] and the controversy surrounding the recent enactment of a ban on publication of certain information relating to searches under the *Criminal Code*.[7] This Working Paper re-examines these issues.[8]

It is not our intention to revisit the broad area of contempt of court in this work. The Commission recommended codification[9] of the common law offences in its Report 17 on *Contempt of Court*[10] and is presently reviewing this subject in an attempt to bring this area of the law into conformity with the *Charter*.[11] Neither do we address issues relating to the secrecy of jury deliberations or selection. The Commission dealt with these questions in its Report 16 on *The Jury*.[12]

---

3. Law Reform Commission of Canada [hereinafter LRCC], *Sexual Offences* (Report 10) (Ottawa: Supply and Services Canada, 1978) at 35-7.
4. LRCC, *Search and Seizure* (Report 24) (Ottawa: Supply and Services Canada, 1984) at 29-33.
5. LRCC, *Disposition of Seized Property* (Report 27) (Ottawa: LRCC, 1986) at 18-9.
6. Part I of the *Constitution Act, 1982*, being Schedule B of the *Canada Act 1982* (U.K.), 1982, c. 11 [hereinafter *Charter*].
7. *Criminal Law Amendment Act, 1985*, S.C. 1985, c. 19, s. 70, enacting section 443.2 of the *Criminal Code* [hereinafter *Criminal Law Amendment Act, 1985*].
8. Our recognition of the importance of public and media access to the legal process led us to co-sponsor a conference on that subject at Osgoode Hall Law School in March, 1985. A wide variety of legal and journalistic issues was canvassed and debated there by distinguished representatives of the legal and journalism professions. To a great extent, the inspiration to undertake this work on the criminal process derives from the interest demonstrated by participants and attendants at that conference in issues of public access generally. The essays and commentaries delivered at the conference have now been published: P. Anisman and A.M. Linden, eds, *The Media, the Courts and the Charter* (Toronto: Carswell, 1986).
9. Amendments responding to our concerns were tabled in Parliament in 1984, but died on the order paper. See Bill C-19, 2d Sess., 32d Parl., 1983-84 (First Reading, Feb. 7, 1984).
10. LRCC, *Contempt of Court* (Report 17) (Ottawa: Supply and Services Canada, 1982). For another recent discussion of contempt law with proposals for reform see Australia, Law Reform Commission, *Contempt and the Media* (Discussion Paper 26) (Sydney: GPO, 1986).
11. The Commission's recommendations will form part of Volume II of its Report 30, *Recodifying Criminal Law*, to be published soon.
12. LRCC, *The Jury* (Report 16) (Ottawa: Supply and Services Canada, 1982).

CHAPTER ONE

The Concept of Openness

I. Openness as a Virtue of Democracy

In addressing questions of public and media access to the criminal process, we must recognize the larger and more fundamental philosophical context into which our inquiry falls. The ability of the public to have access to information about its criminal courts and proceedings, either directly or through the media, is simply one facet of the openness of government generally. Knowledge about the criminal process, to a large extent, involves scrutiny of the actions of public officials and the operation of laws passed by public representatives. In determining the degree to which information about the criminal process should be publicly available, then, we must decide how open we wish our government to be. This, in turn, depends upon the importance of openness in a society founded upon democratic principles.

Openness as a characteristic of society connotes the ability of individuals to learn about the activities of their government, to communicate to others what they have learned, and to form opinions according to the information that is available. The greater the openness of government, the greater the participation of citizens in the democratic process. Individuals can only be informed about their government's behaviour if they have access to information about its functions. Also, a government will only be accountable to a citizenry that can scrutinize its actions. Thus, openness of government lies at the core of a democratic society. Only through access to government proceedings and information about government activities can citizens form educated opinions about the kind of government they desire, and only then can they make wise choices at the ballot box.

Public and media access to the criminal process is a necessary corollary to the overall principle of openness. The administration of criminal justice is a significant responsibility of government. Citizens will only be informed about the discharge of that responsibility if they have access to the process itself or to information about it. In order to know whether its criminal laws are good laws, the public must have access to criminal proceedings, either directly or through the free expression of information by the media. Further, the criminal process can sometimes be used as an instrument of tyranny. Openness in the process ensures the responsible exercise of the drastic but

necessary powers of the State. Our opinions about the quality of our laws and the performance of those who make, interpret and enforce them rest on the information we receive. The democratic process itself depends upon our ability to form these opinions.

Having recognized this larger context within which our study of public and media access to the criminal process falls, we must give due attention to the purposes served by access to the criminal process, its contribution to the openness of society generally, and the extent to which it furthers democratic aims. Emerson refers to this context as the "system of freedom of expression" and describes the integration of this system within a democratic society as follows:

> A system of freedom of expression, operating in a modern democratic society, is a complex mechanism. At its core is a group of rights assured to individual members of the society. This set of rights, which makes up our present-day concept of free expression, includes the right to form and hold beliefs and opinions on any subject, and to communicate ideas, opinions, and information through any medium — in speech, writing, music, art, or in other ways. To some extent it involves the right to remain silent. From the obverse side it includes the right to hear the views of others and to listen to their version of the facts. It encompasses the right to inquire and, to a degree, the right of access to information. As a necessary corollary, it embraces the right to assemble and to form associations, that is, to combine with others in joint expression.[13]

Alexander Meiklejohn, one of the foremost proponents of the view that freedom of the press and freedom of expression are essential to the democratic process, believed that the overriding purpose of the First Amendment of the American Bill of Rights, which protects freedom of speech and of the press,[14] was to safeguard the democratic system of government protected and created by the Constitution:

> The First Amendment is not, primarily, a device for the winning of new truth, though that is very important. It is a device for the sharing of whatever truth has been won. Its purpose is to give to every voting member of the body politic the fullest possible participation in the understanding of those problems with which the citizens of a self-governing society must deal. When a free man is voting, it is not enough that the truth is known by someone else, by some scholar or administrator or legislator. The voters must have it, all of them. The primary purpose of the First Amendment is, then, that all citizens shall, so far as possible, understand the issues which bear upon our common life. That is why no idea, no opinion, no doubt, no belief, no counterbelief, no relevant information, may be kept from them. Under the compact upon which the Constitution rests, it is agreed that men shall not be governed by others, that they shall govern themselves.[15]

---

13. Thomas I. Emerson, *The System of Freedom of Expression* (New York: Random House, 1970) at 3.

14. The First Amendment (USCS Constitution, Amend. I) states in full: "Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the government for a redress of grievances."

15. Alexander Meiklejohn, *Free Speech and Its Relation to Self-Government* (New York: Harper & Bros., 1948) at 88.

The notion that free expression about public affairs is fundamental to democracy runs through the writings of liberal democratic theorists from the time of John Milton[16] to the present. It is important to recognize, however, notwithstanding the substantial benefits that openness provides to *society* through improvements to the democratic process, that liberal thought in this domain centres on the natural capacity and desire of *individuals* to pursue knowledge, reason and truth. Individuals become better informed and create better ideas when they are exposed to differing opinions and beliefs. Thus, the benefits of openness to society as a whole rest upon the triumph of individual thought and reason. In other words, society improves through the improvement of its members. Milton himself argued in the seventeenth century that when openness is circumscribed, so is the ability of individuals to discover truth and reason. These qualities can only be realized in a society in which opposing arguments and ideas can be heard and expressed.[17] Similarly, in the eighteenth century, Thomas Jefferson believed that when openness is curtailed, individuals are less able to educate and inform themselves. The majority may then be denied the opportunity of choosing the best of alternatives available to it.[18] Perhaps the most influential writer on this subject was John Stuart Mill. Mill departed from the prevailing nineteenth century utilitarian concept of democracy — the strict adherence to majority rule — by arguing that free expression was so crucial to democracy that it must prevail even over the contrary wishes of the majority. "In other words, the system could not be democratic if a democratic principle [majority rule] could be used to usurp the individual rights on which the system was dependent."[19] Again, this belief in the necessity of openness to democracy was founded upon a strong sense of individual sovereignty. In his famous essay *On Liberty* (1859), Mill recognized this relationship explicitly:

> But there is a sphere of action in which society, as distinguished from the individual, has, if any, only an indirect interest: comprehending all that portion of a person's life and conduct which affects only himself or, if it also affects others, only with their free, voluntary, and undeceived consent and participation. When I say only himself, I mean directly and in the first instance; for whatever affects himself may affect others through himself: ... This, then, is the appropriate region of human liberty. It comprises, first, the inward domain of consciousness, demanding liberty of conscience in the most comprehensive sense, liberty of thought and feeling, absolute freedom of opinion and sentiment on all subjects, practical or speculative, scientific, moral, or theological. The liberty of expressing and publishing opinions may seem to fall under a different principle, since it belongs to that part of the conduct of an individual which concerns other people, but, being almost of as much importance as the liberty of thought itself and resting in great part on the same reasons, is practically inseparable from it. Secondly, the principle requires liberty of tastes and pursuits, of framing the plan of our life to suit our own character, of doing as we like, subject to such consequences as may follow, without impediment from our fellow creatures, so long as what we do does not harm them, even though they should think our conduct foolish, perverse, or wrong. Thirdly, from this liberty of each individual follows the liberty,

16. See, for example, John Milton, "Areopagitica: A Speech for the Liberty of Unlicensed Printing, to the Parliament of England" (1644), in George Sabine, ed., *John Milton, Areopagitica and Of Education with Autobiographical Passages from Other Prose Works* (New York: Appleton-Century-Crofts, 1951) at 1.

17. See the discussion of Milton's ideas in G. Stuart Adam, "The Charter and the Role of the Media: A Journalist's Perspective," in Anisman and Linden, eds, *supra*, note 8, 39 at 42-6.

18. See the discussion of Jefferson's ideas in F.S. Siebert, T. Peterson and W. Schramm, *Four Theories of the Press*, reprint ed. (Urbana: Univ. of Illinois Press, 1969) at 46-7.

19. Adam, *supra*, note 17, in Anisman and Linden, eds, *supra*, note 8, 39 at 49.

within the same limits, of combination among individuals; freedom to unite for any purpose not involving harm to others: the persons combining being supposed to be of full age and not forced or deceived.

No society in which these liberties are not, on the whole, respected is free, whatever may be its form of government; and none is completely free in which they do not exist absolute and unqualified. The only freedom which deserves the name is that of pursuing our own good in our own way, so long as we do not attempt to deprive others of theirs or impede their efforts to obtain it. Each is the proper guardian of his own health, whether bodily, *or* mental and spiritual. Mankind are greater gainers by suffering each other to live as seems good to themselves than by compelling each to live as seems good to the rest.[20]

The degree of openness of a society, then, touches the ability of its members to engage in forms of conduct that are characteristically human: thinking, reasoning, creating, speaking. To confine these activities would be to constrict the growth of the human intellect. Society as a whole is the beneficiary of the exercise of these freedoms since new and often better ideas blossom from them. Further, according to Mill, no society could be called free or democratic were these freedoms not protected.

Although this vision of democratic society is by no means axiomatic or immutable, it appears to be the one to which constitutional recognition has been given in Canada in the *Charter*. Under the heading "Fundamental Freedoms," the *Charter* states in section 2:

2. Everyone has the following fundamental freedoms:

(*a*) freedom of conscience and religion;

(*b*) freedom of thought, belief, opinion and expression, including freedom of the press and other media of communication;

(*c*) freedom of peaceful assembly; and

(*d*) freedom of association.

These freedoms taken together, resemble a "system of freedom of expression," to use Emerson's terms, or a blueprint for an open society. It is noteworthy that paragraph 2(*b*) contains a set of related freedoms, and in particular, links the freedoms of opinion and expression. Arguably, this linkage indicates a dependency of the freedom to hold an opinion upon the freedom of others to express ideas and information that may form the basis of that opinion. For example, an opinion about the performance of government can only be cultivated if one has access, through the free expression of others, to a certain quantity of information about government behaviour. Further, the pairing of the freedoms of opinion and expression suggests a connection between the freedom to hold an opinion and the freedom to express it to others.

Having guaranteed these fundamental freedoms, the *Charter* limits them within the terms set out in section 1:

1. The *Canadian Charter of Rights and Freedoms* guarantees the rights and freedoms set out in it subject only to such reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society.

---

20. John Stuart Mill, *On Liberty*, reprint ed. by Elizabeth Rapaport (Indianapolis: Hackett, 1985).

According to Mill, a "free and democratic society" is one which respects the ability of its citizens to hold opinions and express them to others. The *Charter*, according to section 1, permits intrusions on those freedoms only if they are consistent with the aims of a free and democratic Canadian society. Given the importance of the fundamental freedoms themselves to democratic purposes, the test for imposing legal restrictions on their exercise is a strict one. We do, however, tolerate some general limits on speech and opinion in our society. Libel, hate propaganda and obscenity are forms of expression that are subject to some legal limitations in order to foster certain social interests that democratic societies consider paramount: protection of reputations, promotion of racial and religious harmony, and recognition of human dignity.

On the whole, then, the *Charter* contains a constitutional structure that supports the individualistic, liberal conception of democratic society epitomized by theorists such as John Stuart Mill. It is to this framework that Canadians are now committed and to which we must adhere in developing standards governing public and media access to the criminal process. Throughout this paper, we are mindful of the importance of openness to the democratic process, and therefore, of the necessity of affording individuals an opportunity, through public and media access, to hold informed opinions about the criminal process and to express them to others. The administration of criminal justice can only benefit from a maximum amount of scrutiny and debate.

II. The Role of the Media

If we are to have an open, democratic society we must have not only the freedom to gather and to communicate knowledge, but also a means of distributing that knowledge beyond the sphere of private conversation. Otherwise, information of interest to the public as a whole would be held by small circles of informed citizens. Only through media of communication can the public become aware of matters that may affect it and be exposed to a diversity of opinion. Thus, the media's freedom to gather and distribute information, ideas and opinions is intimately connected with the overall openness of society.

To a large extent, the degree of a society's commitment to openness is attributable to the media's efforts to monitor and expose the activities of government. This is certainly true in the English tradition of open government. In the seventeenth century, the press rebelled against the government's system of licensing and censoring printers, which limited their ability to publish anything of which the government did not approve. As a result of these protests the statute imposing licensing of the press ceased to be in force as of 1694.[21] In the late eighteenth century, after years of official

21. See *An Act for preventing the frequent Abuses in printing seditious treasonable and unlicensed Books and Pamphlets and for regulating of Printing and Printing Presses, 1662* (U.K.), 14 Cha. 2, c. 33, not re-enacted according to *An Act for Continuing several Laws Therein Mentioned, 1694* (U.K.), 6 & 7 Wm. & M., c. 14. It was later repealed by *An Act for promoting the Revision of the Statute Law by repealing certain Enactments which have ceased to be in force or have become unnecessary, 1863* (U.K.), 26 & 27 Vict., c. 125. See Leonard W. Levy, *Emergence of a Free Press* (New York: Oxford Univ. Press, 1985) at 99-100.

exclusion, the press was permitted access to Parliament and was allowed to publish its proceedings.[22] The importance of reporters' presence to the proper functioning of Parliament was recognized by Edmund Burke, who is claimed to have stated that "... there were Three Estates in Parliament; but, in the Reporters' Gallery yonder, there sat a Fourth Estate more important far than they all."[23] Later, in the nineteenth century, the courts recognized accurate reports of parliamentary proceedings as "privileged," that is, immune from libel suits.[24] This resulted in greater public discussion of public affairs since it allowed the press to publish parliamentary debates without fear of civil liability for defamation. Throughout this entire period, the press continuously challenged the constraints imposed upon it by the law of seditious libel. At common law, this offence proscribed virtually all criticism of government and government representatives, whether true or false.[25] Changes in the law of seditious libel which occurred in the eighteenth and nineteenth centuries, were due largely to press agitation.[26]

Thus, the English press was successful in removing some of the major legal encumbrances on the open discussion of matters of public concern, and hence, on the cultivation of opinions which may have been adverse to the government of the day. These freedoms being vital to the health of a democratic society, it is therefore essential that the media enjoy maximum freedom and independence from government.

In societies committed to openness of discussion, the media's independence ensures that the government has no privileged access to the means of communicating with citizens. Similarly, the government should have no general power to prevent publication of what it considers to be bad or unsound ideas. It is the public who should be the arbiter of truth and reason, not the government.

This independence of the media from government is reinforced by their financial independence which, in our market economy, in turn requires that the media rely not only upon the income generated through sales of their product, but also upon advertising revenues. Thus, the media not only contribute to the social and political well-being of society, but, by necessity, promote economic activity. In some instances, the result has been the massive growth of commercially successful media corporations. This phenomenon is coupled with radical changes in the way the media operate in the

22. See Siebert *et al.*, *supra*, note 18 at 48-9; Sir William Holdsworth, *A History of English Law*, vol. 10 (London: Sweet and Maxwell, 1938) at 547-8; Sir David Lidderdale, ed., *Erskine May's Treatise on the Law, Privileges, Proceedings and Usage of Parliament*, [Spine Title: *Parliamentary Practice*], 19th ed. (London: Butterworths, 1976) at 221-3; J. Maingot, *Parliamentary Privilege in Canada* (Toronto: Butterworths, 1982) at 36-8.

23. Quoted in Thomas Carlyle, *On Heroes, Hero Worship and the Heroic in History*, reprint ed. (London: Oxford Univ. Press, 1968) at 215.

24. See *Wason* v. *Walter* (1868), 4 Q.B. 73.

25. See the discussion of the common law of seditious libel in Levy, *supra*, note 21 at 3-15.

26. For example, *An Act to Remove Doubts respecting the Functions of Juries in Cases of Libel*, (U.K.) [also known as "Fox's Libel Act" of 1792], 32 Geo. 3, c. 60, permitted juries to determine as a question of fact whether a publication was seditious. Truth was recognized as a defence to a charge of seditious libel by virtue of *An Act to amend the Law respecting Defamatory Words and Libel, 1843* (U.K.), 6 & 7 Vict., c. 96. In the United States, the *Sedition Act* of 1798 (ch. 73, Stat. 596) had already recognized truth as a defence. See Levy, *supra*, note 21 at 297.

twentieth century. We have seen the introduction of electronic technology and the development of journalism as a profession. Newspapers are now circulated on a global scale and satellites permit the instantaneous reproduction of visual images world-wide. This state of affairs often leads us to see the media as having interests that transcend the interests of members of the public, rather than simply serving as a means for permitting communication among them. It is sometimes difficult for us to conceive of the media's interests as being coextensive with the public interest.

Despite these features of the modern media, their *role* remains relatively unchanged. With the growth of journalism as a distinct profession, journalists operate increasingly as agents of the public in seeking out information and distributing it, whereas the press in past centuries was not so highly specialized. It was more closely connected to the opinion of ordinary citizens and relied more on information given to it than on knowledge it was able to acquire independently. Now, it is journalists, rather than other interested individuals, who are most likely to seek out information about government; it is to their opinions that we often resort in forming our conclusions about public affairs; and it is they who frequently challenge governmental restrictions on openness. The media act on our behalf in asserting the freedom to gather information and communicate it to us. In doing so, they protect the public's freedom to form opinions about matters of public concern, based on available knowledge. This role is essentially no different from that performed by the press in past centuries. The media still act as our "watch-dog" on the activities of government. They keep a constant vigil over matters affecting the public interest. They guarantee that the public learns about its government and has access to sufficient knowledge to make informed opinions about government performance.

Neither has the media's status changed in law. At common law, representatives of the media were never regarded as having any greater or lesser freedoms than those enjoyed by the general public. Their entitlement to access to information or governmental proceedings has, for example, always been equal to the right of access given to members of the public.[27] This equality appears now to be constitutionally entrenched in the *Charter*.[28] Section 2 states:

> **2.** Everyone has the following fundamental freedoms:
>
> ...
>
> (*b*) freedom of thought, belief, opinion and expression, including freedom of the press and other media of communication; ...

According to the wording of this provision, freedom of the media is included within the freedom of expression that everyone enjoys. There is no apparent recognition that the media's constitutional freedom to express information and ideas is distinct from, or

---

27. *Journal Printing Co.* v. *McVeity* (1915), 7 O.W.N. 633, aff'd (1915), 21 D.L.R. 81 (Ont. C.A.).

28. See, for example, *R.* v. *Squires* (1986), 50 C.R. (3d) 320 (Ont. Prov. Ct.) at 342-3. This was also implicit in *Canadian Newspapers Co.* v. *A.G. Canada* (1985), 49 O.R. (2d) 557 (C.A.), *Re Southam Inc. and R. (No. 1)* (1983), 3 C.C.C. (3d) 515 (Ont. C.A.), and *Re Southam Inc. and R.* (1984), 48 O.R. (2d) 678 (H.C.), aff'd (1986), 53 O.R. (2d) 663 (C.A.), leave to appeal denied May 22, 1986.

superior to, the liberties of others.[29] It forms part of that cluster of fundamental freedoms which establish our "system of freedom of expression," or our design for an open, democratic society.

We should not overlook, however, the discontent that some feel toward the media for not performing their democratic responsibilities. Also, to a certain extent, the proliferation of large, commercial media enterprises, has in itself affected the role that the media play in modern society in a manner separate from their public watch-dog or surrogate function. The media have been criticized in recent years out of a perception that because of the magnitude of certain media corporations, they tend to present a monolithic version of news and prevent the birth of smaller media outlets.[30] Also, some have expressed concern about the influence of advertising on editorial considerations.[31] Others believe that the media (and the public as a whole) place disproportionate emphasis on sensational cases.[32] Because of the magnitude of some media outlets, the possibility for error has increased and the resulting harm that individuals can suffer is great. It is not for us to establish whether or not these perceptions are accurate. Yet we must take account of their influence on our ideal of the media's proper role in a democratic society.

According to a strictly libertarian theory of the media's functions, there should be no government involvement in the activities of newspapers or broadcasters. Only through rugged independence can they perform their assigned role as watch-dogs for the government and purveyors of free thought. But what happens when the public loses confidence in the media's ability to report news accurately and objectively, or to present a cross-section of opinion on public affairs? In other words, how can the public watch its watch-dog? These issues have resulted in calls for restrictions on the growth of media corporations in order to ensure that an adequate variety of news sources reaches the public.[33] To meet such criticisms, some media have organized themselves under press councils and professional associations with a view to dealing with public

---

29. By contrast, the First Amendment of the American Bill of Rights refers to freedom of the press separately from the general protection of freedom of the press: "Congress shall make no law ... abridging the freedom of speech, or of the press ...." (*Supra*, note 14) Some argue that this entitles the press to special treatment in the United States: see, for example, Potter Stewart, "Or of the Press" (1974-75) 26 Hastings L.J. 631.

30. See, for example, *Report of the Royal Commission on Newspapers* [hereinafter the *Kent Commission Report*] (Ottawa: Supply and Services Canada, 1981) at 215-7.

31. *Ibid.* at 73. See also Tom Kent, "The Significance of Corporate Structure in the Media" (1985) 23 U.W.O. L. Rev. 151 at 154-5.

32. See, for example, Max Radin, "The Right to a Public Trial" (1931-32) 6 Temple L.Q. 381, who states at 397: "The state is under no duty to provide a small selection of curious seekers for excitement with a theatrical performance. There is in the last analysis no more reason for the public trial as it is currently conceived than there is for a public execution." However, in the recent case of *Canadian Newspapers Co.* v. *A.G. Canada* (1986), 55 O.R. (2d) 737 (C.A.), Osler J. points out at 748 that the press has an important function notwithstanding any tendency it may have to concentrate on sensational cases: "It is easy to become impatient with the press and to criticize it for what may at times appear to be sensationalism. It is not necessary that the motives of the press be altruistic for the importance of press freedom to be apparent."

33. *Kent Commission Report*, *supra*, note 30 at 238-41.

complaints and governing their own members.[34] Some profess to adhere to codes of ethics or statements of principles.[35] In certain jurisdictions, the media have been required to offer equal time or space to those whom they have criticized or those who advocate views different from those expounded by the particular media outlet so that the public may receive a balanced news diet.[36] To some extent, government has regulated the content of media broadcasts through its system of licensing.[37] Public broadcasting stations, with varying degrees of public sponsorship, have been created in order to provide non-commercial media to the public.[38]

All these phenomena point toward a public expectation that the media should perform their role in a socially responsible fashion, in a way that is fair both to consumers of news and to those who are the object of media attention. The media's freedom to gather and report information and opinions is, according to this view, coupled with an obligation to the public to be even-handed in its delivery of news. The public, through its government and its laws, should oversee the fulfilment of the media's democratic mandate and step in when necessary to protect overriding social values.

The *Charter* provides guidance on the scope of governmental limitations on media freedom that would be tolerable in our society. Section 1 sets out the test that must be met by any encroachment on the fundamental freedom of the media. Only limits that are "reasonable" and "demonstrably justified in a free and democratic society" are permitted. As with all the fundamental freedoms, the purpose of media freedom is to enhance the democratic character of our society. Yet any limit that would meet the standard of section 1 of the *Charter* would itself have to be justifed as a protector of "a free and democratic society." Thus, while reasonable intrusions on the absolute freedom of the media are foreseen in the present law, it would appear that only those constituting a greater contribution to democracy than is made by the media freedom that is consequently lost are constitutionally sound.

This is the standard that must guide us in analyzing the extent of public and media access to the criminal process. We recognize that the freedoms of opinion and expression lie at the foundation of our open democratic society. The freedom to attend

34. For a discussion of the history of press councils, see J. Allyn Taylor, "The Role of the Press Council," in Anisman and Linden, eds, *supra*, note 8, 159.

35. See, for example, the "Statement of Principles for Canadian daily newspapers," adopted by the Canadian Daily Newspapers Publishers Association, April, 1977, set out in the *Kent Commission Report*, *supra*, note 30, App. 7 at 286-7.

36. See Jerome A. Barron, "Public Access to the Media under the Charter: An American Appraisal," in Anisman and Linden, eds, *supra*, note 8, 177 at 191-7.

37. See, in Canada, the *Broadcasting Act*, R.S.C. 1970, c. B-11, s. 3, which sets out a broadcasting policy for Canada to be regulated by a public authority (the Canadian Radio-television and Telecommunications Commission). The Commission has the power to make regulations governing various aspects of the content of broadcasts, such as advertising, political announcements, sensitive subject-matter and "Canadian content"; see, for example, *Radio (A.M.) Broadcasting Regulations*, C.R.C. 1978, c. 379, s. 5-12; *Radio (F.M.) Broadcasting Regulations*, C.R.C. 1978, c. 380, s. 6-13, *Television Broadcasting Regulations*, C.R.C. 1978, c. 381, s. 6-20.

38. For example, the creation of the Canadian Broadcasting Corporation. *Broadcasting Act*, R.S.C. 1970, c. B-11, Part III, s. 33-47 and the *Ontario Educational Communications Authority Act*, R.S.O. 1980, c. 331.

and discuss matters relating to the administration of criminal justice is an important component of our "system of freedom of expression." Still, we must be aware of other values that compete with the contribution made by complete freedom of expression. Where those values represent serious and substantial social interests, they must be balanced against fundamental freedoms. Where superior, they justify restraining fundamental freedoms, but only to the extent necessary to give those interests due recognition.

III. Openness in the Administration of Criminal Justice

Openness has been a characteristic of the administration of justice generally,[39] and of the criminal process in particular, for many centuries. It has been regarded not only as a virtue, but as a necessary attribute of valid legal proceedings. The commitment to openness in the legal process has its origins in the concept of trial by jury. One historian describes the common law trial as follows:

> It was a public process, and it could hardly have been otherwise; the jury was traditionally the neighbours, and they were supposed to know about the facts. That slowly changed until juries were expected to decide on the evidence put before them, but the jury was still a man's 'country' to whose verdict he committed himself, and Assizes and Quarter Sessions were the periodical assemblies for the most important kinds of public business .... Open court was not derived from liberal thought but was an almost inevitable consequence of our system of courts and use of juries.[40]

Thus, the tradition of public access to, and freedom of communication about, criminal proceedings was not preceded by any conscious recognition of the benefits that openness might afford. Rather, openness was simply characteristic of the way justice was carried out. It has remained a contiguous element of criminal trial proceedings throughout the evolution of the common law. Justifications for the principle followed, rather than preceded, its genesis as an integral part of the early trial process. Those justifications are obviously compatible with the liberal theories of freedom of expression and freedom of the press originally expounded during the eighteenth and nineteenth centuries. According to a liberal view of the criminal justice system, the prosecution of an offence is essentially the exercise of government authority. In a democratic society, the public must have a full opportunity to scrutinize that authority and express an opinion about its propriety. This must include the freedom of the media to act as the vehicle for the exchange of information and ideas about the criminal process.

Openness in the criminal process is consistent with these tenets of liberal thought, in that the freedom to express oneself about any government behaviour advances democratic aims. Openness also contributes, however, to the fulfilment of the objectives

---

39. See, for example, *Scott* v. *Scott* (1913), [1913] A.C. 417 (H.L.).

40. R.M. Jackson, *The Machinery of Justice in England*, 6th ed. (London: Cambridge Univ. Press, 1972) at 21.

of the administration of justice. Scrutiny of the behaviour of those involved in the trial process contributes to the likelihood of justice being done. Jeremy Bentham wrote often of the importance of the common law's commitment to the openness of court proceedings. He stated:

> Without publicity, all other checks are insufficient: in comparison of publicity, all other checks are of small account.[41]
>
> In the darkness of secrecy, sinister interest and evil in every shape, have full swing. Only in proportion as publicity has place can any of the checks, applicable to judicial injustice, operate. Where there is no publicity there is no justice.[42]
>
> Publicity is the very soul of justice. It is the keenest spur to exertion and the surest of all guards against improbity. It keeps the judge himself, while trying, under trial.[43]

It is often assumed that the defences of the principle of open justice offered by scholars such as Bentham are "no more than an instinctive reaction against Star Chamber proceedings."[44] However, it has been pointed out that whatever the excesses and evils of the Star Chamber might have been, "[t]here was apparently nothing secret about the action of this court, and the grievance the Parliament had against it was rather its power, than the method in which that power was exercised."[45]

Thus, the open quality of our legal system does not have its origins in any deliberate campaign to gain access to closed courtrooms. Rather, "[i]t was simply the English way of doing justice."[46] The concept of openness in the administration of justice, then, has more tradition in it than ideology, despite the compatibility of the idea with liberal democratic thought. Public access to trials even pre-dates by many centuries the right to attend parliamentary proceedings. In fact, in a landmark nineteenth-century decision[47] that recognized reports of parliamentary debates as being immune from libel actions, the Court expressly referred to the valuable contribution that public discussion of legal proceedings had made to society:

> The other and the broader principle on which this exception to the general law of libel [i.e., the concept of privilege] is founded is, that the advantage to the community from publicity being given to the proceedings of courts of justice is so great, that the occasional inconvenience to individuals arising from it must yield to the general good. It is true that with a view to distinguish the publication of proceedings in parliament from that of proceedings of courts of justice, it has been said that the immunity accorded to the reports of the proceedings of courts of justice is grounded on the fact of the courts being open to the public, while the houses of parliament are not; as also that by the publication of the proceedings of the courts the people obtain a knowledge of the law by which their dealings

41. Jeremy Bentham, *Rationale of Judicial Evidence*, vol. 1 (London: Hunt and Clarke, 1827) at 524.

42. *The Works of Jeremy Bentham, Published under the Superintendence of his Executor, John Bowring*, vol. 9 (New York: Russell & Russell, 1962) at 493.

43. *Ibid.*, vol. 4 at 316.

44. Alan W. Mewett, "Public Criminal Trials" (1978-79) 21 Crim. L.Q. 199 at 199.

45. Max Radin, *supra*, note 32 at 386-7.

46. Peter Wright, "The Open Court: The Hallmark of Judicial Proceedings" (1947) 25 Can. Bar Rev. 721 at 721.

47. *Wason* v. *Walter*, *supra*, note 24.

> and conduct are to be regulated. But in our opinion the true ground is that given by Lawrence, J. in *Rex* v. *Wright* [8 T.R. 293 at 298], namely, that "though the publication of such proceedings may be to the disadvantage of the particular individual concerned, yet it is of vast importance to the public that the proceedings of courts of justice should be universally known. The general advantage to the country in having these proceedings made public, more than counterbalances the inconvenience to the private persons whose conduct may be the subject of such proceedings." In *Davison* v. *Duncan* [7 E.&B. 229 at 231], Lord Campbell says, "A fair account of what takes place in a court of justice is privileged. The reason is, that the balance of public benefit from publicity is great. It is of great consequence that the public should know what takes place in court; ..."[48]

The Court went on to conclude that public discussion of matters raised in Parliament was crucial to the proper functioning of a self-governing society. It stated: "To us it seems clear that the principles on which the publication of reports of the proceedings of courts of justice have been held to be privileged apply to the reports of parliamentary proceedings. The analogy between the two cases is in every respect complete."[49]

Clearly, then, openness in the administration of justice has long been regarded as a cornerstone of a society founded on democratic principles. The additional advantages to our system of criminal justice cannot, however, be ignored. Mewett describes the merits of public criminal trials as follows:

> An open trial provides some safeguard against unjust or unfair proceedings against an accused; it militates against the use by the executive of the courts to achieve its own ends; it reduces the possibility of any abuse of judicial power; it maximizes the chances of equal and impartial administration of justice to all accused persons; many aspects of the enforcement of criminal law, such as general abhorrence of certain acts or general deterrence, demand that the public be informed; witnesses who have to give their testimony in public will be more reluctant to give false evidence for fear of exposure. In general, of course, this merely means that it is in the interest not only of the accused and the prosecutor that a criminal trial be in public, but that it is in the interest of the public itself.[50]

An accused may also be protected by an open trial if witnesses come forward to give evidence on his behalf after hearing about the proceedings in the media. For example, in *Chartier* v. *A.G. of Québec*,[51] witnesses came forward with evidence exonerating the accused after learning through the media that he had been charged. Similarly, in a recent Ottawa case, witnesses came forward to contradict prosecution evidence after reading the perjured evidence of an "eyewitness" to a murder in the newspaper.[52]

Thus, the public benefits derived from openness are of two kinds: the improvements to society that result from the freedom to discuss and form opinions about both government generally and the legal system in particular; and, the improvements in the

---

48. *Supra*, note 24 at 88.

49. *Ibid.* at 93.

50. *Supra*, note 44 at 199.

51. (1979), [1979] 2 S.C.R. 474, 48 C.C.C. (2d) 34 [hereinafter *Chartier* cited to S.C.R.].

52. See S. Bindman, "Perjury Charges Laid after Trial" *The [Ottawa] Citizen*, (5 October 1984) C-2.

administration of justice[53] that result from scrutiny of those involved in it and from increased public knowledge of the laws to which it is subject.[54] If these benefits are to be realized, public and media access to the criminal process must be maximized.

However, for two reasons, this does not mean that the freedom to acquire information about the criminal process or the media's freedom to communicate it must, in all circumstances, be unrestricted. First, there is a threshold question to be addressed. The common law's adherence to the principle of openness is clear in relation to the trial process. However, when we refer in this paper to the "criminal process" we mean the entire continuum of legal incidents that accompany the prosecution of a criminal charge, from the investigative procedures carried out by police to the exhaustion of appeal remedies, including the documents which are generated by, or are otherwise relevant to, these proceedings. An inquiry into the application of the openness principle to proceedings other than a criminal trial must, therefore, be undertaken and a determination made whether principles other than those which govern trials apply to the other incidents in the criminal process.

Second, there are compelling interests that may be of equal or greater magnitude than the value of openness in a society committed to democratic principles. As mentioned, the *Charter* itself recognizes this in section 1. Reasonable limits may be imposed on fundamental freedoms if they can be shown to be justified in a "free and democratic society." The challenge is to identify the competing interests and balance them against the enormous societal interest in maximum freedom of access and expression in the criminal process. This will be undertaken throughout this paper in the context of specific events in the criminal process. Nevertheless, there are certain general, competing interests that should be identified at this point. These are, effective law enforcement, individual privacy, and the guarantee of a fair trial.

IV. Competing Values

Certain information relating to the conduct of police investigations could, if revealed, frustrate the successful apprehension of those reasonably believed to have committed a criminal offence. Sometimes, even knowledge of the existence of a planned police operation could result in suspects absconding or in the destruction of evidence. Thus, in considering, for example, whether limits should be placed on public

53. See Jamie Cameron, The Rationales for Openness in Judicial Proceedings and the Rationales for Placing Limits on the Principle of Openness (Study Paper prepared for the LRCC, 1985) [unpublished]; also, Jamie Cameron, "Comment: The Constitutional Domestication of Our Courts — Openness and Publicity in Judicial Proceedings under the Charter," in Anisman and Linden, eds, *supra*, note 8 at 331.

54. The important educative function of publicity should not be overlooked, even where there may be a temptation to withhold sensitive information. The following is an example:

> The danger of interference with publicity in the sense of "open court" was illustrated by the Punishment of Incest Act, 1908. It was necessary to repeal the provision that proceedings under that Act should be held *in camera*, because it was found that such acts were often committed in ignorance that they were criminal. [Anonymous, "Pre-trial Publicity" (1938) 86 Law Journal 361.]

and media access to information about police searches, arrests or electronic surveillance, one must examine the likelihood and extent of the jeopardy to effective law enforcement that could result from disclosure of that information. The police, being that arm of government to which we have entrusted the greatest measure of discretionary authority to intrude into our daily lives, must be subject to public scrutiny in order for citizens to form opinions about the proper exercise of that authority. Yet that scrutiny should not prevent the police from carrying out their assigned duties. A free and democratic society must have an effective means of prosecuting crimes if its citizens are to have an opportunity to enjoy a substantial degree of liberty and security. However, any departure from the openness principle must be measured; it must only restrict freedom of access and communication to the extent necessary to allow public officials to perform their proper function, not to shield their actions from public examination.

By necessity, the free discussion of matters relating to the administration of criminal justice will often include commentary about the behaviour of various individuals. Some of these people will be public officials such as police officers, judges and Crown prosecutors. Quite properly, the discharge of their responsibilities will become public knowledge and the public will consequently develop and express opinions about the propriety of their actions in that capacity. Other people become involved in the criminal process in a purely private capacity. Victims of crime, witnesses, the accused and members of their families are likely to have details of their private lives, their habits, their personalities, even their feelings, exposed to public view. In some cases, these will be matters of relevance in the particular proceeding. In others, they will come to light only through media investigation. Totally innocent persons may find themselves under the glare of media attention if misfortune chooses to place them on the margins of a criminal investigation. For example, those who have their property searched for contraband may experience a violation of personal privacy if the press chooses to publish that information. The public may come to know matters that really have little to do with the need to scrutinize their government, the activities of its agents or the unfolding of the criminal process.

The protection of individuals' privacy is an important value in a democratic society. Neither the State nor the public should have an automatic right of access to intimate or embarrassing details about the lives of others. Some loss of privacy is, of course, inevitable in a criminal proceeding. What people did, said, heard and felt is the proper domain of inquiry in a trial if it is relevant to the criminal charge. Also, public curiosity and discussion about the individuals peripherally involved is natural. However, it would be proper for the State to protect the privacy of certain individuals involved in the criminal process when publicity would be particularly harmful. Again, any protection that is afforded to individuals in this respect should impose as little as possible on the public's right to know what transpires in its courtrooms and what its servants have done.

It is possible that the publication of information about an alleged crime or a person accused of an offence will limit the opportunity to hold a fair trial. By a "fair trial," we mean one in which the determination of the facts in the case depends solely on an evaluation of evidence lawfully tendered by the prosecution and the defence. No weight

should be given to any information about the case that is revealed outside of the courtroom and no deference should be paid to opinions expressed about the case by outside commentators, however venerable they may be. If information were published that would cause potential jurors to form fixed opinions about an accused's guilt or innocence, then the possibility of holding a fair trial would be reduced.

In a free and democratic society, there must be a guarantee that the way in which determinations of culpability are made will be equitable. One should neither be convicted nor acquitted of a criminal offence based on innuendo, suspect accusations or other specious reasons. This is why our laws of evidence only permit the introduction of evidence which is relevant. It would be justifiable, then, to impose reasonable, limited restrictions on what could be said or written about a criminal charge if there was a serious likelihood that potential jurors would be exposed to it and sufficiently influenced by it that a fair trial could not be held.

There may be a special obligation upon agents of the State to act in a manner that will protect the integrity of the criminal process. A criminal trial is a prosecution of an individual by the State. The State has a responsibility to act as the guardian of a fair trial. Police officers, Crown prosecutors and judges therefore have a duty to refrain from making remarks or revealing information that may reduce the likelihood of a fair trial taking place. Of course, State officials are bound by the law of contempt of court, which prohibits anyone from publishing information or opinions that could prejudice a fair trial. However, they may have an extra duty to preserve the integrity of the administration of justice, beyond the requirements of contempt law and the other legal limitations on expressing information about the criminal process.

These, then, are the principal interests that converge in an analysis of public and media access to the criminal process. They must be given due recognition and balanced on the scales of democracy and justice. It is a troubling endeavour which requires weighing the harm that results from limiting openness and freedom of expression against the harm that results from limiting any of the other significant interests at stake. For example, when we restrict an accused's opportunity to receive a fair trial, the resulting harm is measurable and concrete. There is a risk that a person will be placed in jeopardy and deprived of his liberty or denied his civil rights for a fixed period of time if he is wrongfully convicted. Similarly, if a police investigation is frustrated by the disclosure of its lawful clandestine activities, suspected criminals may evade prosecution. When innocent individuals are exposed to the glare of media attention, we can empathize with them for the psychological harm they may suffer. In each of these situations, it is relatively easy for us to appreciate the consequences of encroaching on the social interests involved.

By contrast, the harm done by restricting openness and freedom of expression about the criminal process is abstract and difficult, if not impossible, to measure. Information about a criminal proceeding may never reach the public. Some salient lesson about our legal system may go unlearned. The actions of a public official may go unobserved. The media may become more strident in the pursuit of their freedom or more complacent in the face of governmental barriers. These consequences are all

foreseeable. Yet, they are diffuse and intangible in comparison with the consequences of intruding on other social values. It is perhaps natural, then, that there be a tendency (one which we have been at pains to avoid) to recognize the relatively precise values which compete with the public interest in maximum openness more easily and, in some cases, give them precedence.

CHAPTER TWO

The Present Law

I. The Threshold Question

The common law has long recognized the importance of openness in the criminal trial process. However, adherence to the principle of free access to, and discussion about, criminal *trial* proceedings does not, in itself, give clear guidance as to the degree of openness in other kinds of criminal proceedings, such as *pretrial* proceedings.

The evolution of the law governing the preliminary inquiry is particularly instructive in this respect. Under early common law, the general rule of openness in legal proceedings did not apply to preliminary inquiries. The procedural character of these early proceedings ("preliminary examinations" as they were called) differed greatly from those of the late nineteenth and twentieth centuries. The preliminary hearing was originally an inquisitorial proceeding — the presiding justices did not perform a judicial function so much as an investigative one,[55] and thus the rule of maximum openness did not apply.[56] Published accounts of preliminary inquiries were not considered to be privileged, as were reports of trial proceedings.[57]

It was not until 1848 that the preliminary inquiry bore any resemblance to the present proceeding with the introduction of the *Indictable Offences Act, 1848*[58] which provided that it be conducted in a judicial fashion. The accused was entitled: to be present while witnesses were examined; to cross-examine the Crown's witnesses; to be informed of the allegations against him; to present witnesses of his own; and to speak on his own behalf if he so desired.[59] However, notwithstanding the major alteration in the character of the proceeding, the common law rule which restricted access to, and

55. See Sir James Fitzjames Stephen, *A History of the Criminal Law of England*, vol. 1 (New York: Burt Franklin, 1883) at 216-29.

56. *Ibid.* at 227-8.

57. See *R.* v. *Fisher* (1811), 2 Camp. 563, 170 E.R. 1253 (K.B.) in which Lord Ellenborough stated at 1253: "The publication of proceedings in courts of justice, where both sides are heard, and matters are finally determined, is salutary, and therefore it is permitted. The publication of these preliminary examinations has a tendency to pervert the public mind, and to disturb the course of justice; and it is therefore illegal."

58. (U.K.), 11 & 12 Vict., c. 42 [also known as "Sir John Jervis's Act"]. See Stephen, *supra*, note 55 at 220.

59. *Indictable Offences Act, 1848*, *supra*, note 58, s. 17, 18 and 27.

publication of, preliminary inquiry proceedings was given statutory form in the same piece of legislation. The Act provided that "the room or building in which such justice or justices shall take such examinations and statement as aforesaid shall not be deemed an open court for that purpose." It went on to provide presiding justices with a power to exclude persons from the room or building if "the ends of justice" so required.[60] Thus, even though the preliminary inquiry was transformed into a judicial rather than an investigatory proceeding, the degree of openness which was considered appropriate for criminal trials was not applied to it. On the other hand, the proceeding was not completely closed. Notwithstanding the statutory presumption against openness and the absence of privilege attaching to reports of preliminary inquiries, it was apparently common for the public and press to be admitted and for accounts of the proceedings to be published.[61]

The original Canadian *Criminal Code* did not permit access to preliminary inquiries. Unlike the statutory provision in the United Kingdom which deemed the place where preliminary inquiries were held not to be an open court, the Canadian *Criminal Code* stated definitively that the place "shall not be an open court."[62] While English law negated the application of the common law presumption of openness, it also admitted of some possibility of public attendance. Canadian legislators foreclosed any such possibility.

It was not until 1980 that a presumption of openness was provided statutorily in England, in effect recognizing the completely judicial character of the preliminary inquiry.[63] By contrast, the Canadian 1892 *Code* was amended in 1906 by the removal of the express requirement that preliminary inquiries be held in closed court,[64] which in turn, gave rise to a presumption that the proceedings were open to the public, subject to the power to exclude persons other than those directly involved.[65] This, indeed, appears to have been and continues to be the Canadian practice,[66] our *Criminal Code* provision remaining essentially unchanged since the 1906 amendment.[67]

---

60. *Ibid.*, s. 19.

61. See, for example, Anonymous, "Pre-Trial Publicity" (1938) 86 Law Journal 343, quoted in C.A. Wright, "Newspapers and Criminal Trials" (1939) 17 Can. Bar Rev. 191 at 192-4. Privilege was later extended to all fair and accurate reports of "proceedings publicly heard before any court exercising judicial authority ... if published contemporaneously with such proceedings ...." *Law of Libel Amendment Act, 1888* (U.K.), 51 & 52 Vict., c. 64, s. 3.

62. S.C. 1892, c. 29, s. 586(*d*) [hereinafter 1892 *Code*].

63. The English law remained unchanged from the 1848 statute until passage of the *Magistrates' Courts Act, 1952* (U.K.), 15 & 16 Geo. 6 and 1 Eliz. 2, c. 55, s. 4(2), which provided that justices presiding at a preliminary inquiry "shall not be obliged to sit in open court." The *Magistrates' Courts Act, 1980* (U.K.), 1980, c. 43, s. 4(2), now provides that justices "shall sit in open court" unless the ends of justice require otherwise, thus completely reversing the presumption in the *Indictable Offences Act, 1848*, *supra*, note 58, that preliminary inquiries were not to be held in open court.

64. R.S.C. 1906, c. 146, s. 679(*d*).

65. *Ibid.*

66. See Wright, *supra*, note 61 at 192; David Lepofsky, *Open Justice: The Constitutional Right to Attend and Speak about Criminal Proceedings* (Toronto: Butterworths, 1985) at 38-40. See also *infra* at 29-30.

67. See *Criminal Code*, s. 465(1)(*j*).

Recently the United States Supreme Court has ruled that preliminary inquiries in the State of California are governed by the general rule of openness of legal proceedings.[68] Historically, preliminary inquiries in both State and federal prosecutions have been accessible to the public. The Supreme Court found that openness was essential to the proper functioning of the proceeding: "Because of its extensive scope, the preliminary hearing is often the final and most important step in the criminal proceeding."[69] Therefore, the public's right of access is protected under the First Amendment.

From the foregoing discussion we see that the history of the preliminary inquiry offers some indication of the threshold at which the common law presumption of openness applies to legal proceedings. It was only when the preliminary inquiry took on a *judicial* rather than an investigatory character that it came to be regarded as an open proceeding, even though the governing statutory regime effectively limited openness for a significant period of time thereafter. This example, of course, does not lead inevitably to a conclusion that all adjudicative proceedings should be characterized by the same degree of openness as criminal trials.[70] Rather, it simply offers some indication that a presumption of openness normally attaches to "judicial proceedings," whether or not they occur prior to trial.

While the example of the preliminary inquiry is instructive on the question of where the common law presumption of openness applies, this question has been largely resolved in Canada by the Supreme Court's judgment in *A.G. of Nova Scotia* v. *MacIntyre*.[71] There, Dickson J. (as he then was) for the majority recognized that it governs all "judicial proceedings, whatever their nature, and in the exercise of judicial powers,"[72] not just trial proceedings. In particular, the Court ruled that the presumption of openness applies to the judicial act of issuing search warrants, and that therefore the public is entitled to have access to documents supporting the application for a warrant after the warrant has been executed and something found. It stated that "[a]t every stage the rule should be one of public accessibility and concomitant judicial accountability."[73]

Thus, the principle of openness and the threshold at which it applies are now clear in Canadian law. A presumption of public attendance and publicity attaches to proceedings which are judicial in nature. Further, a right of access and a freedom to publish documentary material related to those proceedings are included in that principle.

---

68. *Press-Enterprise Co.* v. *Superior Court of California*, 478 U.S. [No. 84-1560], 92 L. Ed. 2d 1 (1986).

69. *Ibid.* at 12-3.

70. The United States Supreme Court previously held, for example, that pretrial suppression hearings may take place in the absence of the public because of the danger of exposing potential jurors to unreliable or illegally obtained evidence: *Gannett Co.* v. *DePasquale*, 443 U.S. 368, 61 L. Ed. 2d 608, 99 S. Ct. 2898 (1979).

71. (1982), [1982] 1 S.C.R. 175 [hereinafter *MacIntyre*].

72. *Ibid.* at 185, citing in support the statement in *McPherson* v. *McPherson*, [1936] A.C. 177 at 200 (P.C.) *per* Lord Blanesburgh that "publicity is the authentic hall-mark of judicial as distinct from administrative procedure."

73. *Supra*, note 71 at 186.

Limitations on openness, however, according to the decision in *MacIntyre*, are justifiable where necessary to protect "social values of superordinate importance."[74] In essence, this Working Paper proposes to establish which values are in need of protection through limiting openness in the criminal process and the proper extent of that protection.

II. A Synopsis of the Canadian Law

There are numerous limitations on the principle of openness in the criminal process. Many are scattered throughout the *Criminal Code* and others derive solely from the common law. For ease of reference we have included an Appendix of all the applicable limitations discussed in this paper (see *infra*, p. 101).

A. Pretrial Proceedings

The earliest point at which there is judicial involvement in a criminal investigation is when the police seek an authorization to intercept a private communication under section 178.12 of the *Criminal Code*. This process, allowing for electronic surveillance as an investigatory tool, is by its very nature clandestine; secrecy is essential to it. A written application is made to a court for an authorization to intercept a private communication (section 178.12) and all documentation relating to the application is confidential (section 178.14). The affidavit, sworn by a peace officer, setting out the facts justifying issuance of the authorization and the particulars of the communications sought to be intercepted is put in a packet sealed by the judge which according to subsection 178.14(1) is "kept in the custody of the court in a place to which the public has no access."

There are various means for keeping the process secret. The packet may only be opened pursuant to a court order after a hearing has been conducted on that specific issue (subsection 178.14(2)). The Supreme Court of Canada has held that it may only be opened upon a direct challenge to the validity of the authorization, not in the course of collateral proceedings.[75] Generally, there has been a judicial reluctance to order these packets opened in the absence of evidence of fraud or misconduct in the application process.[76] Further, the contents of documents supporting an application for a wiretap authorization or the substance of an intercepted communication cannot be disclosed upon a request under the *Access to Information Act*.[77] Once an authorization has been

---

74. *Ibid.* at 186-7. See a fuller discussion of the *MacIntyre* decision *infra* at 26-7.

75. *Wilson* v. *R.* (1983), [1983] 2 S.C.R. 594, 9 C.C.C. (3d) 97.

76. See, for example, *Re Royal Commission Inquiry into the Activities of Royal American Shows Inc. (No. 3)* (1978), 40 C.C.C. (2d) 212 (Alta. S.C.). See also LRCC, *Electronic Surveillance* (Working Paper 47) (Ottawa: LRCC, 1986) at 59-61.

77. S.C. 1980-81-82-83, c. 111, s. 24(1), Schedule II.

issued and executed and an interception made, it is generally an offence to disclose the existence or contents of the intercepted communication, except in the course of a criminal investigation or prosecution.[78]

The primary interest served by the secrecy surrounding the authorization process is effective criminal law enforcement. Obviously, the effectiveness of a wiretap as an investigatory tool would be completely neutralized if the public were allowed either to attend during an application for an authorization or to publish information supporting the application while the investigation was ongoing. Possible suspects would be alerted to the investigation; their apprehension would be made difficult, if not impossible; and evidence could be concealed or destroyed.

The other interest served by the secrecy in the present electronic surveillance system is the protection of innocent persons. The safety of police informers and others who assist police in their investigations could be compromised if their identities were revealed through publication of the contents of supporting affidavits. Also, those who were wrongly suspected of criminal activity could suffer damage to their reputations if they were publicly identified as being associated with a criminal investigation.[79]

Although there are merits in the justifications for maintaining this level of secrecy in the process of authorizing electronic surveillance, courts have recognized that greater openness may be demanded by the right to be secure against unreasonable search and seizure in section 8 of the *Charter*. In *R.* v. *Ross*,[80] the Court held that the interest in secrecy is diminished after the execution of an interception at which time an accused has a right to gain access to the packet in order to make full answer and defence at his trial. To continue to protect innocent individuals, certain names were deleted from the contents of the documents in that case.[81] Similarly, in *R.* v. *Wood*,[82] Osborne J. held that section 7 of the *Charter* entitles an accused to full answer and defence and that restrictions on the accused's access to the sealed packet constitute an interference with that right. However, he also stated that measures must be taken to recognize the interests protected by the secrecy in the authorization process: "There must be and can be some protection afforded to the contents of the sealed packet. Those contents cannot be exposed to a public view as is the case with respect to evidence heard in our criminal courts on a day-to-day basis."[83]

In the Commission's recent Working Paper 47 on *Electronic Surveillance*, we recommended that there be greater openness introduced into the present law in order to

---

78. See *Criminal Code*, s. 178.2.

79. See *R.* v. *Finlay and Grellette* (1985), 52 O.R. (2d) 632 (C.A.) at 660-1.

80. *R. v. Ross* (1985), 26 C.C.C. (3d) 264 (Ont. Dist. Ct.).

81. See also *R.* v. *Finlay and Grellette*, *supra*, note 79 where Martin J.A. stated at 662 that "[i]t may be that the interests protected by the policy underlying the restriction of an accused's access to the sealed packet can in many cases be effectively protected in other ways, *e.g.*, by deleting in the copy supplied to the accused the names of informers and innocent persons who might be injured by the revelation of their names."

82. (1986), 26 C.C.C. (3d) 77 (Ont. H.C.).

83. *Ibid.* at 87.

permit greater monitoring of the process of issuing authorizations and to afford greater disclosure to an accused.[84]

As with the issuance of authorizations for electronic surveillance, there is a strong interest in effective law enforcement in the process of issuing search warrants. The question whether the public should have access to this process, and thereafter to documents relating to it, is one that has generated a good deal of controversy in recent years. There have been three recent approaches to this question.

The controversy really began with the case before the Supreme Court of Canada in *MacIntyre*.[85] There, a journalist had been denied access to a search warrant and supporting information after the warrant had been executed. The majority *per* Dickson J. (as he then was) began with the presumption that all judicial proceedings and documents relating to them are public, subject to competing "social values of superordinate importance." It found that one of those values was effective law enforcement and that another was protection of innocent persons. To safeguard the former value, the Court held that the process of issuing warrants should be closed to the public. If the public were permitted to attend, "the search for the instrumentalities of crime would, at best, be severely hampered and, at worst, rendered entirely fruitless."[86]

The second "superordinate value," the protection of the innocent, arises after a warrant has been issued. If public access to the warrant were permitted at this stage, innocent persons' names could be published or broadcast and their reputations damaged. The "innocent" whom Dickson J. (as he then was) wished to protect were those whose premises had been searched, but where nothing had been found. He asked whether these persons "[m]ust ... endure the stigmatization to name and reputation which would follow publication of the search?"[87] In order to protect the innocent, Dickson J. ruled that public access to the warrant and supporting information should be available only after the warrant has been executed and something found. The assumption was that if the search was fruitful, the occupant of the premises searched could no longer be regarded as "innocent" and his or her name could be published. The ability of interested parties to inspect warrants and supporting informations after execution of the warrant was upheld.[88] The restriction on access applied only to the general public, including representatives of the media.

Following the *MacIntyre* decision, the Commission examined the question of access to the process of issuing warrants and publication of their contents in its

---

84. LRCC, *supra*, note 76 at 59-65, 90-3.

85. *Supra*, note 71.

86. *Supra*, note 71 at 187. Note also that issuance of warrants under the *Canadian Security Intelligence Service Act*, S.C. 1984, c. 21, s. 27, must take place in secrecy.

87. *Supra*, note 71 at 187.

88. See, for example, *Realty Renovations Ltd.* v. *A.G. for Alta.* (1978), 44 C.C.C. (2d) 249 (Alta. S.C.); and *MacIntyre*, *supra*, note 71 at 181.

Report 24 on *Search and Seizure*. We agreed with the majority of the Supreme Court of Canada that the issuance of search warrants should normally take place *in camera*.[89]

We also recommended that the public's entitlement to have access to the warrant and supporting information be broadened so as to permit examination of those documents after the warrant was executed, whether or not anything was found in the course of the search.[90] On the other hand, in order to protect the reputations of innocent persons, we would have placed a ban on publication of the contents of warrants and informations without the consent of the person searched unless that person was charged with an offence. To illustrate, if the premises of an accounting firm were searched for evidence relating to suspected criminal activity of the firm's clients, it could be unfair to the firm and damaging to its reputation to identify it as being associated with the investigation, even if financial records were seized in the course of such a search. Yet, under the *MacIntyre* approach, it would not be protected as an "innocent" party, because material was seized in the course of a search of its premises.

The third approach to this issue is contained in an amendment to the *Criminal Code*, namely section 443.2, introduced in the *Criminal Law Amendment Act, 1985* and proclaimed in force on December 4, 1985. However, it has since been found to conflict with the *Charter*. Section 443.2 of the *Criminal Code* presently states:

> **443.2** (1) Where a search warrant is issued under section 443 or 443.1 or a search is made under such a warrant, every one who publishes in any newspaper or broadcasts any information with respect to
>
> (*a*) the location of the place searched or to be searched, or
>
> (*b*) the identity of any person who is or appears to occupy or be in possession or control of that place or who is suspected of being involved in any offence in relation to which the warrant was issued,
>
> without the consent of every person referred to in paragraph (*b*) is, unless a charge has been laid in respect of any offence in relation to which the warrant was issued, guilty of an offence punishable on summary conviction.
>
> (2) In this section, "newspaper" has the same meaning as in section 261.

This provision relates solely to the publication of information about a search. Thus, the rules in the *MacIntyre* case prohibiting attendance at search warrant application hearings and permitting public access to the warrant and supporting information after execution of the warrant still apply. Through this amendment, however, publication of the location of the search, and the identities of the occupants of searched premises and the suspects in the investigation is prohibited without their collective consent. The ban terminates when a charge is laid as a result of the investigation of which the search is a part.

Section 443.2 of the *Criminal Code*, therefore, seeks to protect the identities of suspects and occupants of searched premises until a charge is laid. Since public access to the warrant and supporting information is still available after the execution of a

89. *Supra*, note 4 at 22-3, s. 10(1)(*b*).

90. *Supra*, note 4 at 30.

fruitful search, there may be a considerable period during which the media are obliged to suppress information they have gleaned from these documents.

Recently, courts in Ontario and Manitoba[91] have held that this provision is unconstitutional for its intrusion on freedom of the press. The Minister of Justice has announced that he is treating *Criminal Code*, section 443.2 as inoperative and will reintroduce an amended version of it in the future. In Chapter Three, we discuss these cases, as well as some of the criticisms that have been made of this provision and suggest improvements to it.

There continues to be a sizeable public interest in openness after a charge has been laid. The public can be reassured that a possible offender has been identified and that the police have not abandoned their investigation. However, there is a risk at this stage that the accused will be stigmatized by adverse publicity, and that possibly his or her chances of a fair trial will diminish as a result. On the other hand, it may also happen that publicity, including publication of an accused's name, will alert and encourage potential witnesses to come forward, thus actually increasing the likelihood that an accused will receive a fair trial.[92]

Publicity surrounding a judicial interim release (bail) hearing poses particular problems. Evidence introduced by the Crown or the defence at a bail hearing is directed solely to establishing the appropriateness of an accused's detention pending his or her trial. Evidence that is relevant and admissible to this question may be irrelevant and inadmissible in a subsequent trial on the offence charged. For example, hearsay evidence may be tendered at a bail hearing if it is given under oath,[93] but may not be admitted later at trial. Clearly, if publicity is given to this type of evidence prior to a trial, there is some risk that potential jurors will be exposed to, and influenced by, it. This may intrude upon the principle inherent in the right to a fair trial, that is, that an accused should be judged solely on the evidence lawfully put before the trier of fact.[94]

The *Criminal Code* contains provisions designed to protect the integrity of trial proceedings by limiting the opportunities for publishing evidence tendered at a bail hearing. A justice may make an order banning publication or broadcast of evidence, information, or representations, and the reasons, if any, given or to be given by the justice at the hearing.[95] The order is discretionary if an application is made by the prosecutor, but mandatory if requested by an accused. It lasts until the accused is discharged at a preliminary inquiry, or if ordered to stand trial, until the trial is over. This power has been held to be a reasonable limit on the *Charter*'s guarantee of freedom of expression, including freedom of the press.[96]

---

91. *Canadian Newspapers Co.* v. *A.G. Canada* (1986), 53 C.R. (3d) 203 (Ont. H.C.). *Canadian Newspapers Co.* v. *A.G. Canada* (1986), 28 C.C.C. (3d) 379 (Man. Q.B.).

92. See, *supra*, p. 16 for examples.

93. *Re Powers and R.* (1972), 9 C.C.C. (2d) 533 (Ont. H.C.) at 538-9.

94. See Lepofsky, *supra*, note 66 at 11.

95. Subsection 457.2(1). It has been held that a court may ban publication of reasons for its decision, but it cannot ban publication of the decision itself: *Re Forget and R.* (1982), 65 C.C.C. (2d) 373 (Ont. C.A.).

96. *Re Global Communications Ltd. and A.G. Canada* (1984), 44 O.R. (2d) 609 (C.A.).

According to subsection 442(1), a justice may also exclude the public from a bail hearing if it is in "the interest of public morals, the maintenance of order or the proper administration of justice." Thus, if a justice has an apprehension that a fair trial cannot be guaranteed by imposing a publication ban on evidence tendered at the hearing, he may take the further step of clearing the courtroom to protect the "proper administration of justice." Since this provision applies to all "proceedings against an accused," it is discussed more fully below in relation to criminal trials.

Just as with judicial interim release hearings, there is a danger that publication of evidence led at preliminary inquiries may influence prospective jurors and jeopardize the possibility of holding a fair trial. The *Criminal Code* contains provisions permitting restrictions on access to these proceedings and limitations on publicity.

Paragraph 465(1)(*j*) of the *Criminal Code* empowers a justice presiding at a preliminary inquiry to exclude everyone from the courtroom other than the prosecutor, the accused and their counsel "where it appears to him that the ends of justice will be best served by so doing." In addition to this power, paragraph 465(1)(*k*) of the *Criminal Code* provides that a justice may regulate the inquiry "in any way that appears to him to be desirable." Thus, a justice has a broad discretion to exclude the public from the inquiry absolutely under paragraph 465(1)(*j*),[97] or to make any other suitable order under paragraph 465(1)(*k*). These provisions exist along with the general authority to exclude "all or any members of the public from the court room for all or part" of "any proceedings against an accused."[98] However, under the latter provision, the basis for exclusion must be related to "public morals, the maintenance of order or the proper administration of justice." The discretion to close a preliminary inquiry, then, is at least as broad if not broader than the power to close a criminal trial.[99] Although its main purpose is to guarantee a fair trial, it has also been invoked to protect the identities of witnesses at a preliminary inquiry.[100]

In conjunction with the power to close proceedings, a justice may also, or alternatively, impose a ban on the publication of evidence tendered at the preliminary inquiry. Like the corresponding publication bans relating to bail hearings, the ban placed on preliminary inquiry evidence may generally be imposed at the justice's discretion, unless it is the accused who makes the application. A justice must prohibit publication at the request of an accused.[101] The ban lasts until the accused is discharged,

---

97. This paragraph has been held to permit exclusion of *all* members of the public, but not selected persons: *R.* v. *Sayegh (No. 2)* (1982), 66 C.C.C. (2d) 432 (Ont. Prov. Ct.).

98. Subsection 442(1). See discussion *infra* under "Criminal Trials."

99. *Re R. and Grant* (1973), 13 C.C.C. (2d) 495 (Ont. H.C.) at 499. The Court also held that subsection 442(1) did not apply to preliminary inquiries given the particular powers in paragraphs 465(1)(*j*) and (*k*).

100. *Morgentaler* v. *Fauteux* (1971), [1972] C.A. 219 (Qué. C.A.).

101. *Criminal Code*, s. 467(1)(*b*) (as amended by the *Criminal Law Amendment Act, 1985*, s. 97). However, a justice may have a discretion not to impose a ban even on an accused's application if the request is made in the course of, rather than "prior to the commencement of the taking of evidence": *R.* v. *Harrison* (1984), 14 C.C.C. (3d) 549 (Ct. Sess. P.).

or, if ordered to stand trial, until the trial is over. This provision has been found to be a reasonable limit on freedom of the press as guaranteed by the *Charter*.[102]

Whether or not the presiding justice imposes a publication ban at a preliminary inquiry, there is an absolute prohibition in subsection 470(2) of the *Criminal Code* against publication of "any admission or confession ... tendered in evidence" at the inquiry. Again, it lasts until the accused has been discharged, or, if ordered to stand trial, until the trial is over. Clearly, this evidence is potentially the most prejudicial that could be published prior to a criminal trial. Although this is recognized statutorily in subsection 470(2) in relation to preliminary inquiry evidence, the publication of an admission or confession obtained from *other* sources could constitute an offence of contempt of court at common law if it tended to prejudice the likelihood of a fair trial taking place.[103]

B. Criminal Trials

The various means by which pretrial publicity in criminal cases can be limited serve to insulate the trial process from extraneous influences. Canadian law provides additional procedures that can be invoked where there is some apprehension that pretrial events may interfere with the integrity of the trial process. These procedures do not conflict with the principle of openness; rather, they serve to immunize criminal trials from any adverse effects that openness could have on the integrity of the criminal process.

For example, in any case that has gained local notoriety because of its sensational facts or the alleged participation of public figures, it may be difficult to find jurors who are objective, even if limits are placed on publicity prior to trial. In this situation, subsection 527(1) of the *Criminal Code* permits either a prosecutor or an accused to apply to a judge for a change of venue to another territorial division in the same province. The order may generally be made only where "it appears expedient to the ends of justice." This has been interpreted to mean that only where there is clear evidence that a fair trial cannot reasonably be expected, usually because of the degree or nature of pretrial publicity, will a change of venue be ordered.[104]

Another available technique is simply to delay proceedings until media attention has dissipated. The *Criminal Code* contains broad powers of adjournment that could be invoked in a situation where the fairness of a trial is thought to be in jeopardy because

---

102. *R.* v. *Banville* (1983), 3 C.C.C. (3d) 312 (N.B.Q.B.).

103. *Steiner* v. *Toronto Star* (1955), 114 C.C.C. 117 (Ont. H.C.). Such a publication could also have offended the statutory codification of the common law offence that had been proposed in Bill C-19 (*supra*, note 9). See the offence of "interference with judicial proceedings" set out in the proposed section 131.11 of the *Criminal Code*, Bill C-19, s. 33. Bill C-19 died on the order paper in 1984. A superior court also has inherent jurisdiction to prohibit publication of an accused's guilty plea to prevent prejudice to the trial of a co-accused: *Re Church of Scientology of Toronto and R. (No. 6)* (1986), 27 C.C.C. (3d) 193 (Ont. H.C.).

104. See, for example, *R.* v. *Beaudry* (1965), [1966] 3 C.C.C. 51 (B.C.S.C.); *R.* v. *Turvey* (1970), 1 C.C.C. (2d) 90 (N.S.S.C.); *Re Trusz and R.* (1974), 20 C.C.C. (2d) 239 (Ont. H.C.).

of intense media attention. A justice presiding at a preliminary inquiry has the power to order an adjournment where there is "sufficient reason" to do so.[105] A summary conviction trial may be adjourned up to a maximum interval of eight days unless the parties agree to a longer period (subsection 738(1)). A trial before a magistrate or judge alone can be adjourned (section 501) as can a trial before a jury (subsection 574(2)). The power to delay proceedings is, however, limited by an accused's right to a trial within a reasonable time under paragraph 11(*b*) of the *Charter*.[106]

In a jury trial, it is possible to screen out those potential jurors who may not be objective because they have been influenced by pretrial publicity. Paragraph 567(1)(*b*) of the *Criminal Code* permits a prosecutor or an accused to challenge a juror's impartiality during the course of empanelling the jury. One who is felt not to be "indifferent between the Queen and the accused" may be questioned by counsel and is "tried" on the issue of his or her impartiality by the two jurors who were last sworn.[107] There must be a reason given for a challenge; it cannot be speculative. Thus, the questioning of potential jurors must be "relevant, succinct and fair."[108] The kind of wide-ranging questioning that is permitted in the United States[109] does not occur in Canada. However, in the recent trial of Dr. Morgentaler in Ontario, the defence was permitted to direct questions to potential jurors concerning their beliefs on abortion and their ability to decide the case solely on the evidence.[110]

Publicity which reaches the jurors *during* a trial can also interfere with its fairness. Where there is an apprehension that publicity may prejudice the proceedings, a judge may order that the jurors be sequestered. They are then prevented from communicating with anyone other than other members of the jury.[111]

These measures are alternate or coincident means of protecting the objectivity that is the essence of a fair trial. Their great advantage is that they do not prevent access to, or publication about, criminal proceedings. Their disadvantage is that they may cause inconvenience (for example, change of venue), delay (for example, adjournment of proceedings) and hardship to participants (for example, sequestering jurors). These factors must be weighed by those responsible in determining the proper course in individual cases.

---

105. *Criminal Code*, s. 465(1)(*b*). Each delay may be for a maximum of eight days unless the parties agree to a longer period or the accused is remanded for observation.

106. See *R.* v. *Antoine* (1983), 5 C.C.C. (3d) 97 (Ont. C.A.); *Re R. and Beason* (1983), 7 C.C.C. (3d) 20 (Ont. C.A.).

107. *R.* v. *Hubbert* (1975), 29 C.C.C. (2d) 279 (Ont. C.A.) at 293.

108. *Ibid.* at 294.

109. See, for example, *Press-Enterprise Co.* v. *Superior Court of California*, 464 U.S. 501, 78 L. Ed. 629, 104 S. Ct. 819 (1983), in which the selection of jurors lasted more than six weeks.

110. Prospective jurors were asked: Do you have beliefs on abortion that might cause you to convict or acquit regardless of the evidence? Have you formed opinions as to the guilt or innocence of the accused? Would you be able to set aside beliefs to reach a verdict based on the evidence and the law? See Kirk Makin, "Potential jurors face morals quiz in Morgentaler's abortion trial," *The Globe and Mail* (16 October 1984) at 14, col. 1.

111. *Criminal Code*, s. 576(1) and (2).

In addition to the various limits that may be imposed on pretrial publicity and other ways in which the trial process can resist the potential influence of media coverage, there are restrictions on openness that can be imposed during criminal trials. Many of these serve interests ancillary to the fair administration of criminal justice, such as the protection of vulnerable individuals and broad social values.

There is a wide discretionary power in subsection 442(1) of the *Criminal Code* permitting a presiding judge to exclude all or any members of the public from all or part of any proceedings against an accused. Such an order may be made in the interests of public morals, the maintenance of order, or the proper administration of justice. Despite the breadth of this power, it has been exercised with restraint.[112] With respect to the protection of public morals, courts have held that it is not the nature of the offence that should be considered in determining whether to close a criminal proceeding, but rather the kind of evidence that will be tendered.[113] Neither can the power be used to save witnesses from any embarrassment they might suffer from having to testify in a public trial of a sexual offence.[114] However, in the interests of the proper administration of justice, a trial may be closed in order to encourage a reluctant witness to testify.[115] A closure order should only be of sufficient duration to satisfy the particular public interest at stake in the case.[116] Further, an appeal court may order a new trial where proceedings have been unjustifiably closed to the public.[117]

Although there is no specific statutory authority to close a courtroom while submissions are being made on sentencing, an Alberta court has ruled that such submissions may be heard *in camera* in appropriate circumstances.[118] Where public access would discourage a person from making representations on his own behalf, a court may order closure of the courtroom. Fairness to the accused was held to be a "social value of superordinate importance"[119] justifying an intrusion on the general principle of the maximum openness of judicial proceedings.

The media have occasionally sought to examine exhibits tendered in judicial proceedings on the reasoning that full public access must apply to both their oral and physical aspects. Some courts have been unwilling, however, to recognize the latter dimension of the openness issue. In *R.* v. *Thomson Newspapers*,[120] it was held that under the *Charter* the media have no right of access to documentary evidence in a criminal proceeding for purposes of copying or filming it for publication. The Court defined the right of access to trial proceedings by the public and the media to be no

112. See *R.* v. *Brint* (1979), 45 C.C.C. (2d) 560 (Alta. C.A.); *Re Vaudrin and R.* (1982), 2 C.C.C. (3d) 214 (B.C.S.C.).

113. *R.* v. *Warawuk* (1978), 42 C.C.C. (2d) 121 (Alta. C.A.); *Re Cullen and R.* (1981), 62 C.C.C. (2d) 523 (Alta. Q.B.).

114. *R.* v. *Quesnel and Quesnel* (1979), 51 C.C.C. (2d) 270 (Ont. C.A.).

115. *R.* v. *Warawuk*, *supra*, note 113.

116. *R.* v. *Brint*, *supra*, note 112.

117. *Ibid.*

118. *R.* v. *Parisian* (1985), 63 A.R. 153 (Alta. Q.B.).

119. *MacIntyre*, *supra*, note 71 at 187.

120. 11 W.C.B. 436 (December 8, 1983), (Ont. H.C.) [unreported].

more than the entitlement to attend proceedings as spectators. This is not unlike the English situation which permits, for example, the exclusion of the public from a courtroom while an exhibit is being viewed by the jury.[121] However, in a contrary ruling, the Ontario High Court held that the media were entitled to broadcast the videotaped confession tendered in evidence in a murder trial.[122] O'Driscoll J. made the decision based on considerations of equal treatment of the electronic media and other forms of news reporting:

> Newspapers, radio and television all have their own particular media. Up to this point in time, I suppose it can be said that in view of the way that trials are conducted, the television media [*sic*] has been limited; television does not have the right to televise trials while the newspapers and radio have been able to broadcast in their medium what has been said in open court. Television should have comparable rights in its own particular medium in the realm of court exhibits.[123]

Courts also have the power to control dissemination of information contained in exhibits even after the media have been granted permission to copy them. In *Lortie* v. *R.*,[124] videotapes showing the accused engaged in a shooting incident in the Québec National Assembly were introduced in evidence at the accused's trial. The media were given permission to make copies of the tapes while the accused's appeal was pending, but the Speaker of the National Assembly and the Crown moved to enjoin the media from broadcasting them. Despite the accused's support of the media's position, the Québec Court of Appeal nonetheless held that it had the power to restrict the media's ability to show the public the contents of exhibits pending the accused's appeal. It derived these powers from its wide discretion to control the appeal process set out in the Rules of Practice[125] and subsection 610(3) of the *Criminal Code*. Even though the accused himself sought the broadcast of the tapes, the Court ruled that a limitation on the media's activities was necessary to protect his right to a fair trial, in the event that his appeal resulted in a new trial being ordered.

There are limitations that may be imposed on the publication of certain facts and matters that arise in the course of criminal proceedings. For example, a court may order that no publication be made of the fact that a change of trial venue was sought. Such an order usually lasts until the trial is over or the change of venue is in fact ordered.[126] The danger in the publication of this information is that prospective jurors may infer from it that an accused believes the community to be biased against him or her. This, in itself, may provoke an adverse attitude toward the accused in the community.

---

121. *R.* v. *Waterfield* (1975), [1975] 2 All E.R. 40 (C.A.).

122. *R.* v. *Priemski* (March 11, 1986), (Ont. H.C.) [unreported].

123. *Ibid.* at 4. No reference was made to the *R.* v. *Thomson Newspapers* case, *supra*, note 120.

124. (1985), 46 C.R. (3d) 322 (Qué. C.A.) [hereinafter *Lortie*].

125. *Rules of Practice in Criminal Matters in the Court of Appeal of Quebec*, SI/83-107, s. 58.

126. *Re Southam Inc. and R. (No. 2)* (1982), 70 C.C.C. (2d) 264 (Ont. H.C.) at 266.

In order to ensure that jurors are not exposed to inadmissible evidence, there is in section 576.1 of the *Criminal Code* an absolute ban on the publication of information relating to trial proceedings that take place in the jury's absence. Of course, this only applies where a jury has not been sequestered and thus insulated from media reports. A breach of this provision, however, does not automatically entitle an accused to a new trial. An accused must first show that publication resulted in a miscarriage of justice.[127] Further, to protect the identities of innocent persons, a permanent publication ban may be placed on names revealed in the course of a *voir dire*[128] in circumstances analogous to proceedings against persons accused of blackmail, given that victims of blackmail are protected at common law.[129]

Limitations on publication of trial proceedings are usually aimed, as are certain pretrial restrictions, at preventing certain prejudicial information from reaching and influencing jurors. There are other provisions whose purpose is to protect different social interests. There is an absolute ban, for example, on publishing "in relation to any judicial proceedings any indecent matter or indecent medical, surgical or physiological details ... calculated to injure public morals."[130] Law reports and other professional publications are exempted from the ban under subparagraphs 162(4)(*c*)(i) and (ii). Obviously, the interest served by this provision is not the protection of a fair trial, but protection of public morality.

Subsection 442(3) of the *Criminal Code* presently permits the identity of complainants in sexual offences to be kept secret. There are two purposes served by this provision. First, it protects innocent individuals from public exposure out of a recognition that this can be very painful for them and can hinder them from resuming their life-style away from the glare of public exposure. Second, protection from publicity encourages victims both to report crimes and to come forward to give necessary evidence at trial. Thus, the withholding of sexual complainants' identities helps ensure that they are treated with dignity in the criminal justice system and that sexual offences are prosecuted. However, while recognizing the merit of the purposes underlying subsection 442(3), the Ontario Court of Appeal has ruled that the mandatory aspect of that provision constitutes a breach of the *Charter*'s guarantee of freedom of the press.[131] An order banning publication *must* be made under subsection 442(3) if the complainant or prosecutor so requests. The Court ruled that the social value protected by this provision was of superordinate importance; yet, it went on to state that publication of a complainant's name may, in a small number of cases, be desirable, such as where a complainant has been known to have made false accusations in the past. In those cases, publication of the complainant's name may encourage witnesses

---

127. *R.* v. *Demeter* (1975), 25 C.C.C. (2d) 417 (Ont. C.A.).

128. *Toronto Sun Publishing Corp.* v. *A.G. Alta.* (1985), [1985] 6 W.W.R. 36 (Alta. C.A.) [hereinafter *Toronto Sun Publishing Corp.*].

129. See, for example, *R.* v. *Socialist Worker Printers and Publishers Ltd.* (1974), [1975] Q.B. 637.

130. *Criminal Code*, s. 162(1)(*a*). Bill C-114, *An Act to Amend the Criminal Code and the Customs Tariff*, 1st Sess., 33d Parl., 1984-85-86 (First Reading, June 10, 1986) would have repealed section 162. The Bill died on the order paper.

131. *Canadian Newspapers Co.* v. *A.G. Canada* (1985), 49 O.R. (2d) 557 (C.A.), leave to appeal granted April 24, 1985.

with helpful information to come forward. For that reason, a presiding judge ought to have a discretion to make such an order but he should not be required to do so in every case in which a complainant or prosecutor requests it.[132]

There are other provisions in the *Criminal Code* whose purposes are similar to those underlying subsection 442(3). The public must be excluded from a *voir dire* to determine the admissibility of a complainant's sexual history (subsection 246.6(3)); also a ban is placed on publication of information relating to that proceeding (subsection 246.6(4)). These provisions prevent a complainant from having to testify in public concerning extremely personal information; they restrict the publication of that information until there has been a judicial finding that this testimony is relevant and admissible in the proceedings. Even with these protections, complainants may be reluctant to testify, either out of fear or embarrassment. However, a court does not have the authority to extend further protections to a complainant, such as excluding the public from a courtroom, unless there is some clear evidence that persons in the courtroom are intimidating the witness.[133] Nor will a complainant be excused from testifying because of fear of retribution.[134]

In some circumstances, courts have protected the identity of certain persons other than sexual complainants where an overriding public interest could be shown to justify protection. For example, there is a long-standing common law privilege protecting the identity of confidential police informers. Courts have recognized that the public interest in effective law enforcement justifies this privilege.[135] An analogous protection extends to the identity of inmates who testify against their fellow prisoners.[136] The common law also protects complainants in blackmail cases in order to further the public interest in prosecuting blackmailers.[137] Thus, courts have been willing to extend protection to witnesses other than sexual complainants where there is a strong public interest in hearing their evidence, particularly if their physical safety may be endangered. On the other hand, courts have been reluctant to give any protection to witnesses who may simply suffer public embarrassment by being named in the press.[138]

The question whether the name of an accused person may be kept secret has arisen in numerous recent cases. There is no statutory authority providing for an order banning publication of an accused's name, but some courts have recognized that this extraordinary power may lie within the inherent jurisdiction of a superior court.[139] However, courts have recently invoked the *Charter*'s guarantee of equality to protect

---

132. *Ibid.* at 581.

133. *Re Vaudrin and R.*, *supra*, note 112.

134. *R.* v. *X.* (1983), 8 C.C.C. (3d) 87 (Ont. H.C.).

135. For a discussion of the history and legal basis of the privilege, see *Bisaillon* v. *Keable* (1983), [1983] 2 S.C.R. 60 at 84-100, 7 C.C.C. (3d) 385 (S.C.C.) [hereinafter *Bisaillon* cited to S.C.R.].

136. *R.* v. *McArthur* (1984), 13 C.C.C (3d) 152 (Ont. H.C.).

137. See *Toronto Sun Publishing Corp.*, *supra*, note 128; *R.* v. *Socialist Worker Printers and Publishers Ltd.*, *supra*, note 129.

138. *F.P. Publications (Western) Ltd.* v. *Conner* (1979), [1980] 1 W.W.R. 504 (Man. C.A.).

139. *R.* v. *P.* (1978), 41 C.C.C. (2d) 377 (Ont. H.C.); *R.* v. *P.*; *R.* v. *Di Paola* (1978), 43 C.C.C. (2d) 197 (Ont. H.C.); *Re R. and Several Unnamed Persons* (1983), 8 C.C.C. (3d) 528 (Ont. H.C.).

the identity of persons accused of sexual assault. In *R.* v. *R.*,[140] Potts J. reasoned that since a complainant's name is kept secret under subsection 442(3) of the *Criminal Code*, so should the name of an accused, at least until a conviction is registered against him. In that case, since the accused was acquitted, the publication ban on his identity was permanent.[141]

The Ontario Court of Appeal has cast doubt on the inherent jurisdiction of superior courts to protect the identities of accused persons. It held that this jurisdiction extends only so far as to lend "assistance to inferior courts to enable them to administer justice fully and effectively."[142] According to this reasoning, courts could protect the identities of vulnerable witnesses, such as penitentiary inmates,[143] where the trial could not proceed without their evidence. However, they should not protect accused persons since the adverse consequences of publicity are usually limited to strictly personal effects, such as embarrassment or loss of employment for them or their families.[144]

At present, there is no formal regime in the *Criminal Code* governing the manner in which the media choose to convey information about the criminal process to the public. However, at the provincial level, there are rules specifying the types of media activity that are permitted to be carried out in and around courtrooms. In Ontario, the *Courts of Justice Act, 1984* provides in section 146 that:

> **146.** (1) Subject to subsections (2) and (3), no person shall,
> (a) take or attempt to take a photograph, motion picture, audio recording or other record capable of producing visual or aural representations by electronic means or otherwise,
> (i) at a court hearing,
> (ii) of any person entering or leaving the room in which a court hearing is to be or has been convened, or
> (iii) of any person in the building in which a court hearing is to be or has been convened where there is reasonable ground for believing that the person is there for the purpose of attending or leaving the hearing; or
> (b) publish, broadcast, reproduce or otherwise disseminate a photograph, motion picture, audio recording or record taken in contravention of clause (a).
>
> (2) Nothing in subsection (1),
> (a) prohibits a person from unobtrusively making handwritten notes or sketches at a court hearing; or
> (b) prohibits a solicitor or party acting in person from unobtrusively making an audio recording at a court hearing that is used only for the purposes of the litigation as a substitute for notes.

---

140. *R.* v. *R.* (1986), 28 C.C.C. (3d) 188 (Ont. H.C.). See also *R.* v. *C.E.H. (No. 2)*, 14 W.C.B. 473 (August 19, 1985) (Ont. Prov. Ct.) [unreported].

141. In the United Kingdom, persons accused of rape may not be identified in the media until conviction, unless the accused obtains leave of a court to have the prohibition lifted: *Sexual Offences (Amendment) Act, 1976* (U.K.), 1976, c. 82, s. 6.

142. *Re R. and Unnamed Person* (1985), 22 C.C.C. (3d) 284 (Ont. C.A.) at 287.

143. See *R.* v. *McArthur*, *supra*, note 136.

144. *Re R. and Unnamed Person*, *supra*, note 142 at 285.

(3) Subsection (1) does not apply to a photograph, motion picture, audio recording or record made with authorization of the judge,

(a) where required for the presentation of evidence or the making of a record or for any other purpose of the court hearing;

(b) in connection with any investitive, naturalization, ceremonial or other similar proceeding; or

(c) with the consent of the parties and witnesses, for such educational or instructional purposes as the judge approves.

(4) Every person who contravenes this section is guilty of an offence and on conviction is liable to a fine of not more than $10,000 or to imprisonment for a term of not more than six months, or to both.[145]

While this provision in theory allows electronic broadcast of criminal trial proceedings in certain circumstances, in reality, very few broadcasts have been made in Ontario[146] because they require the consent of the judge and of all the parties and witnesses involved in the trial. Recently, a reporter charged under the forerunner of this provision[147] with filming in a courthouse argued that its limitation on the activities of the electronic media was an unconstitutional infringement on freedom of the press. The Court ruled that the *Charter* does not protect the electronic media's ability to film court proceedings, or other matters within a courthouse. Even if the *Charter* did extend this protection, the Court held that the limitations contained in the Ontario statute were justifiable according to the standards of section 1 of the *Charter*.[148]

In the province of Québec, this issue is dealt with in the Rules of Practice of the Superior Court and the Court of Sessions of the Peace. Section 30 of the Sessions Court Rules states:

30. The reading of newspapers, the taking of photographs, sketching, cinematography and radio and television broadcasting are prohibited in Court.[149]

The Superior Court Rule[150] is similar, but does not explicitly prohibit sketching.

145. S.O. 1984, c. 11.

146. Only two broadcasts have been made under the forerunner of section 146; see *R.* v. *Squires*, *supra*, note 28 at 332-3.

147. *Judicature Act*, R.S.O. 1980, c. 223, s. 67(2)(*a*).

148. *R.* v. *Squires*, *supra*, note 28 at 344-52 and 353-69. See James W. O'Reilly, "Annotation to *R.* v. *Squires*" (1986) 50 C.R. (3d) 321, for a discussion of the *Charter* issues in the case.

149. *Rules of Practice of the Court of the Sessions of the Peace of Quebec, Penal and Criminal Jurisdiction*, SI/81-32.

150. *Rules of Practice of the Superior Court of the Province of Quebec, Criminal Division*, SI/74-53, s. 5.

C. Young Persons

While this paper does not focus directly on the trials of young persons, it is necessary for comparative purposes to discuss some of the features of those proceedings. Under subsection 12(1) of the now-repealed *Juvenile Delinquents Act*,[151] the trials of young persons took place *in camera*.[152] This situation was altered both by the passage of the *Charter* and later, by the enactment of the *Young Offenders Act*. The blanket exclusion of the public required by subsection 12(1) of the *Juvenile Delinquents Act* was challenged as being contrary to the *Charter*'s guarantee of freedom of the press, in that it prevented media from attending, and hence from publishing information about, juveniles' trials. The Ontario Court of Appeal held that the restriction was overly broad and could not be justified in a free and democratic society.[153] It found that there was a rational basis for the restriction in the *Juvenile Delinquents Act*, but that absolute exclusion of the public could not be justified in all cases.

The corresponding provision of the *Young Offenders Act* (subsection 39(1)) permits a youth court to exclude any person whose presence is unnecessary to the proceedings where evidence is being presented that would seriously injure the young person before the court or young witnesses or victims. An exclusionary order may also be made in the interest of public morals, the maintenance of order or the proper administration of justice, just as under subsection 442(1) of the *Criminal Code*. Thus, unlike under the *Juvenile Delinquents Act*, the exclusion of the public from proceedings under the *Young Offenders Act* is discretionary, rather than mandatory. MacKinnon A.C.J.O. in *Re Southam Inc. and R. (No. 1)* approved of this approach in preference to the blanket exclusion of the public. In striking down subsection 12(1) of the *Juvenile Delinquents Act*, he stated:

> An amendment giving jurisdiction to the court to exclude the public from juvenile court proceedings where it concludes, under the circumstances, that it is in the best interests of the child or others concerned or in the best interests of the administration of justice to do so would meet any residual concern arising from the striking down of the section .... Parliament can give the necessary discretion to the court to be exercised on a case-to-case basis which, in my view, would be a prospective reasonable limit on the guaranteed right and demonstrably justifiable.[154]

After proclamation of the *Young Offenders Act*, the discretionary power to exclude the public was itself challenged as being contrary to the *Charter*'s guarantee of freedom of the press. In *Re Southam Inc. and R.*,[155] the Ontario High Court considered the impact that completely open proceedings might have on young accused, witnesses and victims and concluded that the discretionary provision in the *Young Offenders Act* was a reasonable limit on the *Charter* protection of freedom of the press.

---

151. R.S.C. 1970, c. J-3, repealed by the *Young Offenders Act*, S.C. 1980-81-82-83, c. 110, s. 80 [hereinafter *Young Offenders Act*].

152. See *C.B.* v. *R.* (1981), [1981] 2 S.C.R. 480, 62 C.C.C (2d) 107.

153. *Re Southam Inc. and R. (No. 1)*, *supra*, note 28.

154. *Supra*, note 28 at 536.

155. *Supra*, note 28.

Also at issue in *Re Southam Inc. and R.* was the question whether the absolute ban in the *Young Offenders Act* on identifying young accused, witnesses and victims offended the *Charter*. Subsection 38(1) of the Act makes it an offence to identify any of these persons in a report of an offence or of proceedings under the Act. Even though this constitutes an absolute ban, it was held to be a reasonable limit on freedom of the press as it does not restrict the activities of the press, other than to prevent publication of a single piece of information, the name of a young accused. The corresponding provision (subsection 12(3)) of the *Juvenile Delinquents Act* had previously been found to be a reasonable limit under the *Charter*.[156]

Recent amendments to the *Young Offenders Act*[157] provide exceptions to the general rule of non-identification of young accused, witnesses and victims. First, disclosure of the identity of a young accused is permissible if its main purpose is not to identify that young person in the community but rather to assist in the administration of justice, for example, by disclosing that a crime has taken place. Second, a youth court may make an order permitting a young person to be identified if he or she is at large and is considered to be dangerous. Finally, a youth court may permit a young person's identity to be published if the young person has applied for such an order and the court is satisfied that it would not be contrary to the young person's best interests.[158]

In all of the *Charter* cases dealing with young persons, the courts have considered the special situation of young accused in interpreting the reasonableness of statutory limits on access to proceedings or information concerning such young persons. Expert evidence of psychologists and social workers has been received[159] to determine what restrictions on access, if any, are necessary in order to pursue the objects of the applicable legislation. Special treatment of young offenders, and hence special rules of access, have been justified in these cases by the broad social interest in their rehabilitation through a minimization of the impact and stigma that can result from their association with the criminal process.

156. *R.* v. *T.R. (No. 1)* (1984), 10 C.C.C. (3d) 481 (Alta. Q.B.).

157. S.C. 1986, c. 32, proclaimed in force Sept. 1, 1986.

158. S.C. 1986, c. 32, s. 29(3), enacting s. 38(1.1), 38(1.2) and 38(1.4) respectively.

159. See, for example, *Re Southam Inc. and R.*, *supra*, note 28 at 687-92.

CHAPTER THREE

Reforming the Present Law

I. The Need for Reform

Derogations from the principle of openness have largely been accomplished in a piecemeal fashion in response to dangers or hardships perceived in unqualified access to, and reporting of, criminal proceedings. In general, these limitations have been introduced in order to protect three broad categories of interests; these are: (1) protecting vulnerable individuals, such as victims of crime, witnesses or accused; (2) ensuring that the criminal process is carried out without interference from elements within the court or extraneous influences; and (3) serving other social interests, such as public morals or effective law enforcement. These categories are by no means mutually exclusive. Often what has been done to protect the integrity of the trial process, for example, has also been in the interests of an accused individual and of society as a whole.

Owing both to its history and the incremental intrusions upon the concept of openness discussed in Chapter One, the state of the present law in Canada is difficult to ascertain and not as consistent as it should be. On no occasion has a comprehensive, principled assessment of the importance of public access to criminal proceedings been undertaken.

If the evolution of the present law were not enough reason to cause us to engage in an examination of its merits and demerits, the *Charter* alone would demand such an assessment. As was seen in the previous chapter, case-law under the *Charter* to date indicates that many blanket limitations on public access and press freedom are no longer tolerable. A more measured response to the interests that are deserving of protection is required. The *Charter* forces us both to identify those interests and formulate protections that interfere with *Charter* rights only to the extent that they are reasonable and demonstrably justified in a free and democratic society.

A basic guiding principle in our recommendations is the need for consistency and clarity in this area of the law, particularly because of the constitutional implications of interfering with the right of public access. In making our proposals for reform, we are mindful of jurisprudence under the *Charter* dealing with infringements on freedom of expression. In *Re Ontario Film and Video Appreciation Society and Ontario Board of*

Censors, the Ontario Divisional Court, affirmed by the Court of Appeal, held that limits on constitutional rights must meet the following test in order to comply with the requirement in section 1 of the *Charter* that they be "prescribed by law":

> It is accepted that law cannot be vague, undefined, and totally discretionary; it must be ascertainable and understandable. Any limits placed on the freedom of expression cannot be left to the whim of an official; such limits must be articulated with some precision or they cannot be considered to be law.[160]

Some statutory provisions dealing with openness of criminal proceedings may, because of the absence of clarity and the degree of unstructured discretion in them, be violative of this section 1 requirement. Recently, the Supreme Court of Canada has given guidance as to the other provisions of section 1. In *R.* v. *Oakes*,[161] Dickson C.J.C. articulated criteria for determining whether limitations on *Charter* rights could be considered reasonable and justifiable in a free and democratic society. He stated that those seeking to limit constitutional rights must bear a very heavy onus. It must be demonstrated with "cogent and persuasive" evidence that there is "a very high degree of probability" of compliance with section 1. A limit will be upheld under section 1 only if its objective "relate[s] to concerns which are pressing and substantial in a free and democratic society" and the "means chosen are reasonable and demonstrably justified." Within the latter criterion, the limit must be shown to be "rationally connected to the objective," to intrude "as little as possible"[162] upon a right or freedom, and to be proportional to its object.

We accept, as have many *Charter* cases to date, that restrictions upon public attendance or communication about criminal proceedings represent limits on freedom of expression or freedom of the press. This is, then, one of the first occasions on which the Commission must rely, not just on substantive rights in the *Charter*, but on the scope of permissible limitations on those rights in setting out its recommendations. By necessity, we must be guided by judicial interpretations of the meaning and content of *Charter* section 1. The test set out in the *Oakes* case, being the most recent and most authoritative pronouncement on section 1 to date, must govern our assessment of the necessity and the reasonableness of limitations on access to criminal proceedings.

We have not provided specifically for rights of appeal from the publication bans and exclusion orders we propose. Judicial review through the prerogative writs will be available in some cases according to the present law.[163] We defer the question of the adequacy of the present judicial review powers to our forthcoming work on extraordinary remedies. Apart from the prerogative writs, there will also be recourse to the remedial provisions of the *Charter* in this area as a means of reviewing the

---

160. (1983), 41 O.R. (2d) 583 (Div. Ct.) at 592, aff'd (1984), 45 O.R. (2d) 80 (C.A.).

161. (1986), [1986] 1 S.C.R. 103, 65 N.R. 87 [hereinafter *Oakes* cited to S.C.R.].

162. *Ibid.* at 138-9, citing *R.* v. *Big M Drug Mart Ltd.* (1985), [1985] 1 S.C.R. 295 at 352.

163. For example, the *Re Southam Inc. and R.* case originally began as an application for *mandamus*; *supra*, note 28.

constitutionality of a publication ban or an order excluding the public from a courtroom. According to the evolving case-law under the *Charter*, the media have standing to seek a *Charter* remedy where such an order is made in the course of a criminal proceeding.[164]

II. Recommendations and Commentary

A. General

RECOMMENDATION

Arrangement of Statutory Provisions

1. Provisions relating to public access to the criminal process should be set out in a separate chapter of the *Criminal Code*.

Commentary

There is presently no logical basis for the arrangement of provisions relating to the openness of criminal proceedings in the *Criminal Code* (see *infra* Appendix). This situation contributes to the difficulty that the public, and journalists in particular, must have in determining whether they have a right to attend, or to communicate certain information about, criminal proceedings. By "access to the criminal process," we mean the ability of the public and representatives of the media to gather and communicate information about the criminal process through access to the court file or attendance at the proceedings themselves.

In this and other recommendations to follow, we refer simply to the "public," without specifically setting out the entitlements of the media, for it is our belief that they should have no greater ability than other members of the public to attend, or to communicate information and opinions about, criminal proceedings. This is based on our view of the media's role — they act as surrogates of the public. While they have a special function to perform in a democratic society, that role does not, and should not in our view, translate into any kind of special legal status.

There would also be a practical difficulty with granting special status to the media. It would be necessary to define who the "media" are. Obviously, any definition should include those who are professional journalists. But should it also include authors of books, legal editors or students writing for their school newspapers? The difficulty

---

164. See, for example, *Canadian Newspapers Co.* v. *A.G. Canada*, *supra*, note 131 in which the media were not given leave to intervene in an ongoing criminal case, but were entitled to bring an application under the civil rules of practice for a declaration that subsection 442(3) of the *Criminal Code* was unconstitutional before the trial judge and to appeal the ruling on the application to the Court of Appeal on *Charter* grounds.

encountered in drawing a line here is perhaps an indication that the line should not be drawn at all. Everyone ought to have the same freedom to express ideas and opinions about the criminal process. Therefore the Commission considers all members of the public as being on the same footing in this area of the law.

Presently, the relevant provisions are scattered throughout the *Criminal Code* in six different Parts.[165] Those that should logically be placed together, because they apply to the same type of proceeding or protect the same interest, are separated. Although there are probably no constitutional implications arising from these formal irregularities, a more coherent presentation would, in itself, go some way toward rendering the law more "ascertainable and understandable."[166]

RECOMMENDATION

Presumption in Favour of Openness

2. The *Criminal Code* should provide, subject only to specific limitations set out in these recommendations: that all criminal proceedings involving the exercise of judicial powers be conducted in public; that public access to court documents relating to those proceedings be allowed; and that all communication about those proceedings and documents be permitted.

Commentary

There is presently a declaration in subsection 442(1) of the *Criminal Code* that "[a]ny proceedings against an accused shall be held in open court ...." We would extend the presumption in favour of openness to apply to *all* judicial proceedings in the criminal process, not just "proceedings against an accused." Included within the presumption, then, would be pretrial proceedings, as well as criminal trials and appeals, subject, of course, to specifically recognized exceptions. Further, we would make it clear that access to information relating to these judicial proceedings should generally be allowed in order for the public to be aware of the activities of public officials involved in the criminal process. Thus, this presumption would operate in favour of maximum scrutiny, of both judicial powers and powers executed by others when judicially authorized, by allowing public access to court files (for example, the issuance and execution of process). Finally, we would specify that the reporting of information about the criminal process should also be presumptively open.

---

165. See *Criminal Code*, Part IV (Sexual Offences, Public Morals and Disorderly Conduct), s. 162(1)(*a*); Part VI (Offences against the Person and Reputation), ss. 246.6(3), (4); Part XIII (Special Procedure and Powers), ss. 442(1), (3), 443.2; Part XIV (Compelling Appearance of Accused before a Justice and Interim Release), s. 457.2; Part XV (Procedure on Preliminary Inquiry), ss. 467(1), 470(1); Part XVII (Procedure in Jury Trials and General Provisions), s. 576.1.

166. See *Re Ontario Film and Video Appreciation Society and Ontario Board of Censors*, *supra*, note 160 at 592.

This recommendation generated much discussion during our consultations, yet it embodies no more than the common law presumption of openness as stated by the Supreme Court of Canada in the *MacIntyre* case.[167] The discussion centred mainly on the application of such a presumption to specific proceedings and instances, however, rather than on the meaning of the presumption itself. The application of the presumption to specific proceedings is largely the subject of the recommendations that follow.

It is our view that this presumption should be enacted as part of the *Criminal Code* for two reasons. First, it would explicitly state that only those limitations specifically set out (that is, "prescribed by law" in the language of section 1 of the *Charter*) would be given legal recognition. In other words, common law powers to impose publication bans or otherwise limit openness would no longer exist. Second, our recommendation would serve as a directive to the judiciary that openness is a significant social value that can only be departed from where there is clear statutory authority to do so.

RECOMMENDATION

Automatic Publication Bans

3. No automatic publication bans should remain in the *Criminal Code*.

Commentary

By "automatic publication bans" we mean those that are imposed automatically upon the application of one party. Such bans, we believe, should be removed from the *Criminal Code*. One such ban has already been held to be contrary to the *Charter*, namely, the mandatory prohibition on publication of the name of a complainant in a sexual offence.[168] There are two others in the *Criminal Code*: section 457.2 requires a justice to impose a ban on publication of judicial interim release proceedings where the accused requests it; section 467 requires a justice to impose a ban on evidence at a preliminary inquiry upon the accused's application. It is our view that there should always be room for a judge or justice to refuse to make an order limiting openness where there is no demonstrable need for it. This is reflected in our recommendations with respect to judicial interim release hearings (Recommendation 14) and preliminary inquiries (Recommendation 15).

167. *Supra*, note 71.

168. *Criminal Code*, s. 442(3). See *Canadian Newspapers Co.* v. *A.G. Canada*, *supra*, note 131.

RECOMMENDATION

Public Morals

4. No person should be excluded from criminal proceedings and no publication bans should be imposed on the grounds of protecting public morals.

Commentary

We would not include a power either to exclude the public or to ban publication based on the protection of "public morals." Presently, under subsection 442(1) of the *Criminal Code* the public may be excluded from criminal proceedings on these grounds and the media are prohibited from publishing indecent matter in relation to judicial proceedings if "calculated to injure public morals" under paragraph 162(1)(*a*). We concur with the view that in relation to sexual offences "it cannot be but in the interest of public morals to have it known publicly that such offences are prosecuted and brought to trial."[169] The public should have access to proceedings and to information about them even when the subject-matter is sensitive. As one writer stated:

> The courts have one surpassing purpose: to do justice and to do it publicly. For that they are responsible. The responsibility for public morality rests on the public, which cannot discharge that responsibility unless it is informed. If death be its portion, it is better that it should be shocked dead by the truth, than slowly poisoned by ignorance and evasion.[170]

RECOMMENDATION

Discretionary Powers

5. (1) Any provision in the *Criminal Code* which allows a court to limit public access in its discretion should be drafted as narrowly as possible to give recognition to the specific superordinate interests that it seeks to protect, while intruding as little as possible on the openness of the criminal process.

(2) A court should exercise its discretionary powers to limit access only where necessary to protect the specific superordinate interests at stake, and in doing so, should confine its order to the duration and scope required by the circumstances.

(3) An order excluding the public or imposing a publication ban should be based on clear evidence of harm or potential harm and should ordinarily be accompanied by reasons.

---

169. *R.* v. *Warawuk*, *supra*, note 113 at 126.

170. Wright, *supra*, note 46 at 729 .

Commentary

This recommendation seeks to narrow the scope of judicial discretion in this area of the law. Recommendation 5(1) constitutes, along with the general presumption of openness, the Commission's basic orientation toward issues of public and media access to the criminal process. Presently, the provisions in the *Criminal Code* governing access and publication are cast very broadly and contain language that invites litigation. We seek, therefore, to clarify the law by stating the general principles that should underlie it and by drafting exceptions carefully.

Recommendation 5(2) refers to the exercise of the discretion we would leave to judges to limit openness where necessary. Wherever possible, limitations should be confined both in duration and scope so that openness will be minimally restricted in the protection of competing interests. Where a time-limited publication ban would be effective, its use is to be preferred over a permanent one. Similarly, where a ban on publication of certain evidence, for example, at a preliminary inquiry is necessary to protect a fair trial, only the prejudicial material should be subjected to the order, not all of the evidence. Where it is necessary to exclude members of the public from a courtroom to maintain order, only those who are the source of the disorder should be ejected, not all of the attendants. Once again, we make no specific provisions for members of the media. They should have the same rights of attendance and be subject to the same kinds of orders as other members of the public.

Recommendation 5(3) embodies the principle that orders limiting public and media access should not be made lightly. Some concrete justification for such an order is essential and, therefore, the judge making it should generally refer to that justification in order to assure the public that its interests are being duly recognized by the court. However, we qualify the obligation to give reasons by the word "ordinarily." In some extraordinary situations, the judicial discretion to make an exclusionary order or a publication ban will, by necessity, be rather broad. In such circumstances, it would be unrealistic to require the court to deliberate over its reasons for the order (for example, the decision to exclude the public from a hearing to determine the admissibility of evidence concerning the sexual activity of a complainant in a sexual offence — see Recommendation 6). Yet, in many other situations, the decision whether or not to exclude the public or to impose a publication ban will be a matter of real controversy attended by oral argument and written submissions on matters of law and evidence. Our recommendation would encourage serious attention to the significant legal and factual issues at stake in those cases where judicial discretion depends on the balancing of many competing interests.

RECOMMENDATION

General Power to Exclude the Public

6. (1) A court may exclude all or any members of the public from all or part of a criminal proceeding where:

(a) it is necessary to obtain the testimony of a child or young person who is a witness in the proceeding;

(b) it is necessary to maintain order;

(c) it is necessary to prevent disclosure of matters obscured or sealed from public view or to which the public does not have access; or

(d) a hearing is held to determine the admissibility of evidence concerning the sexual activity of a complainant in a sexual offence.

(2) A court may exclude young persons in attendance at a criminal proceeding when any information is being presented to the court, the knowledge of which may be seriously injurious or seriously prejudicial to them.

(3) Where a court proceeds in the absence of the public, it should communicate the nature and result of the closed proceedings in open court at the earliest reasonable opportunity; where the closed proceedings take place in the absence of the jury, it should do so before empanelling or recalling the jury.

(4) A court should proceed in the absence of the public only where an available publication ban would not be adequate in the circumstances.

Commentary

This recommendation would apply to all of the criminal proceedings dealt with in the specific recommendations to follow. While in some cases there may be a need for additional powers to exclude the public from particular kinds of proceedings on other grounds, this proposal identifies certain powers that we believe courts should always possess. The language is modelled in part on the wording presently contained in subsection 442(1) of the *Criminal Code*. It would allow courts great flexibility in that they could exclude certain persons who may, for example, be intimidating young witnesses or causing disorder in the courtroom, while maintaining the general openness of the proceeding.

The grounds for exclusion that we identify in this recommendation are obviously much narrower than those in the present *Criminal Code*. Subsection 442(1) permits courts to exclude the public "in the interest of public morals, the maintenance of order or the proper administration of justice ...." As mentioned, we believe that openness of the criminal process should not be curtailed in the interest of "public morals." Therefore, we would not include this as a ground for exclusion. However, we do advocate a limited power to exclude young persons from criminal proceedings in extraordinary circumstances, such as where evidence of extreme brutality or degradation is being presented or the proceedings concern allegedly obscene materials. In Recommendation 6(2), we use words similar to those presently found in subsection 39(3) of the *Young Offenders Act* to achieve this.

We would keep that portion of section 442 which permits exclusion of the public for the "maintenance of order." While this power should rarely need to be exercised, it requires specific recognition so that judges may control the proceedings before them.

Our proposal does not contain a broad power to exclude the public to protect the "proper administration of justice." In certain kinds of proceedings it may be necessary to afford courts the power to exclude the public in order for justice to be done, for example, where a *voir dire* is held into a complainant's sexual history under *Criminal Code* section 246.6. Where these special powers are necessary they should, we believe, be set out expressly. Therefore, we include this power in Recommendation 6(1)(d).

We have added a ground for exclusion not contained in the present law which would empower courts to exclude the public from a criminal proceeding where the witness is a child or young person who would be intimidated by the public's presence. In accordance with our Recommendation 5(2) regarding the limited exercise of judicial discretion, such an order should normally last only for the duration of the witness's testimony. We include protection for young witnesses here to allow courts to make orders similar to those presently available under paragraph 39(1)(*a*) of the *Young Offenders Act*, since it is our belief that young witnesses deserve protection where necessary, whether they are testifying in trials under the *Young Offenders Act* or in trials of accused adults.[171]

Recommendation 6(3) directs courts generally to attempt to apprise the public of their activities even where it is necessary to proceed in its absence. If, for example, a court excludes the public during *voir dire* proceedings respecting the admission of wiretap evidence, it would be a simple matter for the presiding judge to state on the record the nature and result of the *voir dire*. This should be done at the earliest reasonable opportunity which, in a jury trial, would be prior to recalling or empanelling the jury to ensure that no prejudice results, for example, from the jury's knowledge that certain prosecution evidence has been ruled inadmissible. By the words "nature and result," we simply mean that the character of the proceedings, but not necessarily the contents of the evidence that was heard, should be disclosed. A court could state that a certain young witness gave evidence with respect to identity, for example, without relating the entirety of that evidence. The public would have access to the testimony through examination of a transcript. Where the closed proceedings involved sealed documents, however, it would be appropriate for the court to state that a motion was made concerning the admissibility of certain evidence. If the evidence was ruled inadmissible, the court could state that fact without disclosing the contents of the documents. The public would not have access to a transcript of the closed proceedings in this situation (see Recommendation 8).

Recommendation 6(4) indicates our preference for publication bans over exclusion of the public if some intrusion on openness is necessary to satisfy competing interests. To our minds, a publication ban is less of an intrusion on openness than exclusion of the public since, in the latter case, no one can witness the propriety of the court's actions. Where there is a publication ban available that adequately addresses the

171. At various points in this Working Paper we make recommendations regarding the treatment of young persons in the criminal process. In general, our approach has been to achieve some consistency between the *Young Offenders Act* and trials of adults. This, however, should not be interpreted to be an endorsement of all of the provisions of that Act. In the absence of a complete study of the *Young Offenders Act*, we make no general recommendations or comments on its contents.

particular need to limit the openness of a criminal proceeding, it should be imposed. Only where a publication ban is not available or would not be effective should the public be excluded.

RECOMMENDATION

General Publication Bans

7. (1) After a charge has been laid in relation to a crime mentioned in section 246.4 of the *Criminal Code*, no one may publish or broadcast the name of, or other information, including the name of the accused, which serves to identify:

(a) a complainant or victim of the crime, unless the person consents; or

(b) a child or young person who is a victim of, or a witness in respect of, the crime.

(2) After a charge has been laid, no one may publish or broadcast the name of, or other information serving to identify, a confidential informant in the proceedings, unless the person consents.

(3) A court may, upon application, make an order prohibiting publication or broadcast of the name of, or other information serving to identify, a victim or witness where identification would pose a risk to that person's safety.

(4) A court may terminate a publication ban under (1), (2) or (3) upon application by the accused where the ban would jeopardize the accused's right to full answer and defence.

Commentary

This recommendation sets out the situations in which a publication ban on the identities of complainants, victims, witnesses and confidential informants would apply. Our approach with respect to complainants in sexual offences is consistent with the *Canadian Newspapers Co.* v. *A.G. Canada* case[172] in which the Ontario Court of Appeal ruled that the present prohibition in subsection 442(3) of the *Criminal Code* is overly restrictive and offends the *Charter*. In particular, the Court found the present rule to be offensive because of its mandatory character — the name of a complainant in a sexual offence *must* be withheld upon the person's or the prosecutor's application. Our recommendation would prohibit publication of a complainant's name so long as the ability of the accused to make full answer and defence is not impaired. According to our Recommendation 7(4), if a court is of the view that disclosure of the complainant's name would, for example, assist the defence in locating an eyewitness it has the discretion to release that information.

In making this particular recommendation, we have considered at length its justification. In general, this paper attempts to impose on openness only when necessary

172. *Supra*, note 131.

to satisfy objectives consistent with the proper administration of justice. We have not sought to protect, *per se*, the reputations or sensibilities of participants in the criminal process. Here, our recommendation is aimed at encouraging victims of sexual offences to come forward to report crimes. Sexual assaults are at present "significantly underreported."[173] In the United States, rape is said to be "the most underreported crime in the country" — between "50 and 90 percent of rape victims never report to the police."[174] In Canada, "[o]nly about one in three female victims of sexual assault report their victimization to the police."[175] There are, of course, various reasons for this: fear of retribution, shame, intimidation, trauma, and the desire not to have one's privacy invaded in the course of subsequent judicial proceedings.[176] It is very difficult to ascertain the influence of the last factor on rates of reporting sexual assaults. We could uncover no empirical evidence that privacy concerns alone are substantial enough to dissuade victims from reporting a sexual assault who otherwise would have done so. Nor could we be sure that victims of other kinds of crime do not feel the same reluctance. We concur with a recommendation contained in a study prepared for Status of Women Canada that empirical research is needed to determine the "reasons for [a] complainant's reluctance to testify in sexual assault matters."[177]

It is possible that the protection of complainants' identities does increase the likelihood that sexual offences are reported and successfully prosecuted. On the other hand, keeping the names of complainants confidential may also have disadvantages from a criminal justice perspective. It may perpetuate the stigmatization of victims of sexual assaults by contributing an aura of mystery and unreality to the proceedings. In a study done for the Commission in the 1970s, Lorenne Clark recommended that trials of sexual offences should not take place *in camera* for this very reason, even though victims would prefer to give their testimony in the absence of the public:

> Although increased use of this discretionary power [to close proceedings] could function to reduce somewhat the victims' apprehension and embarrassment, in the long-run, it would not constitute a profitable reform. A change of this nature would concomitantly reinforce the societal stigmatization of rape victims, thereby undermining the original purpose of the reform.[178]

We believe that in this case, doubt should be resolved in favour of protecting the identities of sexual complainants given the serious problem of underreporting. However, we concur with the approach of the Ontario Court of Appeal in the *Canadian*

---

173. Christine L.M. Boyle, *Sexual Assault* (Toronto: Carswell, 1984) at 28.

174. *Fischer* v. *Department of Public Welfare*, No. 283 C.D. 1981 (Commonwealth Court of Pa., Mar. 9, 1984), *per* MacPhail J. at 9, 11.

175. *Report of the Canadian Federal-Provincial Task Force on Justice for Victims of Crime* (Ottawa: Supply and Services Canada, 1983) at 65.

176. See, for example, the testimony reproduced in the *Canadian Newspapers Co.* v. *A.G. Canada* case, *supra*, note 131 at 563-5.

177. Christine L.M. Boyle *et al.*, *A Feminist Review of Criminal Law* (Ottawa: Supply and Services Canada, 1985) at 92-3.

178. Lorenne M.G. Clark, A Study of Rape in Canada (1975) [unpublished Study Paper prepared for the LRCC].

Newspapers Co. v. *A.G. Canada*[179] case that the protection should not be mandatory, leaving to the judge the discretion to reveal the identity of the complainant where the accused's ability to mount a proper defence is curtailed by secrecy. We include this discretion in our Recommendation 7(4).

We would also provide protection to children and young persons who are victims or witnesses of a sexual offence. Section 38 of the *Young Offenders Act* presently offers broad protection to all young victims and witnesses. In our view, some measure of protection should also be available in proceedings against accused adults.[180] However, since proceedings under the *Criminal Code* are generally much more open than those under the *Young Offenders Act*, we confine this protection to cases where the embarrassment and prejudice are likely to be greatest, namely, sexual offences.

In Recommendation 7(2) we protect the identities of confidential police informants in accordance with the common law protection they are now given. This is desirable, in our view, to ensure that those who assist in the detection and enforcement of criminal law are not placed in personal jeopardy. However, there is some risk that others, such as victims and witnesses of crimes, could also be put at risk in the criminal process through publication of their identities.[181] Recommendation 7(3) would permit a court to make an order banning publication of the identities of victims or witnesses where there is a danger that the person's safety would otherwise be put at risk.

All these bans would be subject to the discretion contained in Recommendation 7(4). A court seized with an application to terminate a publication ban would have to weigh the harm of publicity against its benefits. As the Court recognized in the *Canadian Newspapers Co.* v. *A.G. Canada* case,[182] publication and broadcast of witnesses' names can protect the accused's right to a fair trial in that persons who may have information which contradicts that of a witness or who are able to refute a complainant's allegations may come forward.

With respect to the identification of complainants, victims and young witnesses in sexual offences we would prohibit in Recommendation 7(1) publication not only of their names, but of other information which would serve equally to identify them. We specifically include within the prohibition publication of the accused's identity in cases where disclosure of his or her name would lead to revelation of the name of the complainant, the victim, or a young witness. This prohibition, then, would generally be confined to cases where the accused is charged with a sexual offence involving a person with whom the accused shares a family name or to whom the accused stands *in loco parentis*. We believe this is necessary in order to make the prohibition against identifying complainants, victims and young witnesses in sexual offences effective.

---

179. *Supra*, note 131.

180. But see *supra*, note 171.

181. For example, prisoners (*R.* v. *McArthur*, *supra*, note 136) and complainants in blackmail cases (*Toronto Sun Publishing Corp.*, *supra*, note 128).

182. *Supra*, note 131.

The inclusion of this limited prohibition on identifying an accused is a departure from the present law. There is presently no statutory authority in the *Criminal Code* for courts to restrict publication of an accused's identity. The Ontario Court of Appeal has now ruled that no such power lies within the inherent jurisdiction of superior courts.[183] In our view, the public has a genuine interest in knowing the identity of an accused. It can be assured that the police have conscientiously and perhaps successfully pursued a criminal investigation. In a community in which there is concern about a rash of crimes, or that a particularly dangerous suspect is at large, publication of the fact that an individual has been charged may put the community at ease. The name of the individual is important since it may be the only means of verifying the accuracy of such a report. Publication of the accused's name can also prevent speculation and damaging rumours from circulating in the community about persons other than those charged. For example, if the media were only able to report that a retired auto worker, or a prominent lawyer, or a secondary school teacher had been charged with a crime, all persons within those respective categories would come under suspicion and possibly be the object of community censure. Further, publication of the accused's identity can indeed protect the accused's fair trial. Just as an open trial can bring matters to light to the accused's benefit, so also can pretrial publicity. Witnesses who were previously unaware of the crime but who have information about the matter may come forward.[184]

Therefore, we do not recommend that an accused's name be routinely kept secret. In doing so, we do not discount the importance of the presumption of innocence. Nor do we deny that publicity can sometimes amount to a form of punishment for an offence not proved. As was stated by the Supreme Court in *Oakes*:

> An individual charged with a criminal offence faces grave social and personal consequences, including potential loss of physical liberty, subjection to social stigma and ostracism from the community, as well as other social, psychological and economic harms. In light of the gravity of these consequences, the presumption of innocence is crucial.[185]

We should not, however, erect a barrier to publication of an accused's name based on unfair or conclusory inferences drawn from the fact that a criminal charge has been laid. This simply means that someone, usually a peace officer, has acquired reasonable grounds to believe that the person committed the offence. While the test is objective and the standard significant, an inference that the person is guilty beyond a reasonable doubt would obviously be entirely inappropriate. The harm that comes from publication of the charges against an individual often results from that kind of inference. We believe that if the public were more aware of the criminal process,[186] there would be less of an inclination to draw an adverse conclusion from mere knowledge that a person has been charged with an offence. Of course, greater public awareness will not be

183. *Re R. and Unnamed Person*, *supra*, note 142.

184. See, for example, *Chartier*, *supra*, note 51, in which publicity about a criminal case resulted in witnesses coming forward to exonerate the accused; see especially at 492-3, 502.

185. *Supra*, note 161 at 119-20.

186. For example, in an unpublished study prepared for the Department of Justice, it was discovered that the more information members of the public were given about a criminal case, the more likely they were to agree with the actual sentence imposed by the court upon conviction. See Anthony N. Doob and Julien V. Roberts, An Analysis of the Public's View of Sentencing, (1983) [unpublished].

achieved through limitations on publication. Further, our concern for the accused's reputation in many cases is perhaps traceable to an uneasiness about certain conduct being classified as criminal. In other words, we may be concerned about the consequences that befall a person who is charged with a relatively minor crime, because of a belief that the conduct really is not "criminal." The Commission holds that the criminal law should be used with restraint and that only conduct which constitutes a serious interference with fundamental values should be placed in the *Criminal Code*. Thus, it may be a partial answer to misgivings about the harm which results from publicity to say that a new *Criminal Code* based on the Commission's principles would contain only "real crimes."[187]

There is an argument under the equality guarantees of section 15 of the *Charter* that persons accused of sexual offences should be entitled to keep their identity secret since complainants are entitled to this protection.[188] However, the protection offered to complainants serves a criminal justice purpose, that is, that sexual offences be reported and prosecuted. On the other hand, protecting the identity of accused persons would not serve such a purpose. In fact, it would defeat the proper administration of justice if accused persons could be held in custody without anyone's knowledge.

It is our belief that section 15 of the *Charter* does not require that all participants in the criminal process be given equal treatment, but rather that each participant receive treatment which is appropriate to his or her respective situation. We have recommended that the identities of complainants be withheld in order to deal with the serious problem of underreporting. Similarly, we have recommended a discretionary power to exclude the public from *voir dires* into a complainant's sexual history in order to prevent dissemination of evidence which is extremely sensitive and, until a determination of relevancy has been made at the *voir dire*, is irrelevant to the process. These measures are, we believe, appropriate means of furthering criminal justice aims in the prosecution of sexual offences and are particular to complainants in those offences. On the other hand, we have made numerous recommendations relating to accused persons. We would allow courts to impose publication bans on pretrial evidence in order to protect an accused's right to a fair trial. The prohibition on publishing the name of a complainant would also be subject to the accused's ability to make full answer and defence. As well, the accused should be permitted access to sealed documents for that same purpose. We have suggested, therefore, that certain rules of public and media access be tailored to take account of the respective situations of complainants and accused. Admittedly, in not recommending that the names of accused persons be kept secret, we do not provide complainants and accused "equal treatment." Rather, we afford them "treatment as equals."[189] In other words, we have given them equal consideration and respect, and have attempted to formulate our recommendations accordingly.

---

187. See LRCC, *Our Criminal Law* (Report 3) (Ottawa: Information Canada, 1976) at 36.

188. See, for example, *R.* v. *R.*, *supra*, note 140.

189. For a discussion of the distinction between "equal treatment" and "treatment as an equal" see Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously* (London: Duckworth, 1977) at 227-9.

Recommendation 7, then, provides for one narrow exception from the general rule that accused persons' identities are publishable. We would prohibit publication of an accused's identity where that would result in the identification of a complainant, victim, or young witness in a sexual offence. Here we are in part giving effect to proposals put forward in the *Report of the Committee on Sexual Offences against Children and Youths* (the Badgley Committee):

> On the basis of its review, the Committee considers that, where the publication of an accused's identity will serve to identify his or her alleged sexual victim (for example, in prosecutions for incest), the young *victim's* identity can only effectively be protected by prohibiting the identification of the *accused* in the media and in the law reports.[190]

Some members of the Commission are of the view that additional protection should be available on a discretionary basis for innocent persons such as victims and witnesses, as well as those who are presumed to be innocent, that is, accused persons. Their interests, according to this view, should be balanced against the sometimes harmful consequences of media attention. Those members would include provisions to the following effect as part of our Recommendation 7 to achieve this balance:

[*Optional Recommendation — Protection of Identities*

(5) A court may, upon application by an accused, a victim or a witness, make an order prohibiting publication or broadcast of the name of, or other information serving to identify, the applicant in exceptional circumstances where identification would result in substantial and extraordinary harm to the applicant or others and the public interest in the applicant's identity is minimal.

(6) In making an order under (5) in relation to an accused person, the court should consider:

(a) the nature and severity of the crime, including whether the crime involves violence, loss of property or breach of public trust;

(b) whether the effect of identification would be disproportionate to the crime itself, or impair the possibility of treatment or rehabilitation;

(c) evidence of good character, including the absence of a prior criminal record with respect to related crimes;

(d) the need for effective law enforcement in the community;

(e) whether publication of the person's identity would promote deterrence of similar criminal activity.

(7) A publication ban on an applicant's identity should expire:

(a) upon a court order, or

(b) in addition, in relation to an accused, upon conviction.]

---

190. *Report of the Committee on Sexual Offences against Children and Youths*, vol. 1 (Ottawa: Supply and Services Canada, 1984) (Chair: Robin F. Badgley) at 438.

The aim of these alternative provisions would not be to protect individuals from the embarrassment often inherent in being identified in association with a criminal prosecution. Rather, they would prevent serious psychological repercussions or possible physical harm[191] to participants and their families.[192] This is conveyed in the words "substantial and extraordinary harm." Resort to this power would be left to those exceptional cases where publicity and harm go beyond that which is normally part of the criminal process. Further, the purpose of the proposed discretion to impose a publication ban in these circumstances would not be to prevent identification of important figures who have public reputations to protect, but rather to assist those ordinary citizens who would be likely to suffer grave consequences in their own communities. A court seized with such an application would have to measure the possible harm to the applicant against the public interest in openness. Included in the latter concept is the accused's right to a fair trial. It may be necessary, even where great harm would come to a witness who is publicly identified, to publish the person's name in order to ensure a fair trial.

Optional Recommendation 7(6) sets out the considerations a court would make in determining whether to make an order with respect to an accused. These criteria demonstrate that only in the exceptional case would the accused's identity be shielded prior to trial. Many of the factors are similar to those considered by courts in making a determination about a convicted person's entitlement to an absolute discharge.[193] The withholding of an accused's identity would, like the absolute discharge, be an extraordinary procedure. Courts would simply be given the jurisdiction to impose the kind of publication ban they presently have no jurisdiction to order.[194] It would not be an absolute ban, such as that recommended by the New Zealand Criminal Law Reform Committee,[195] but a discretionary one, informed by all the relevant circumstances, including the public interest in openness and the particular situation of each applicant. It is intended to apply in circumstances analogous to those in the case of *R.* v. *P.*[196] There, the accused male was charged with soliciting and wished to plead guilty. The trial judge convinced him to plead not guilty, believing that a customer for sexual services could not be charged with soliciting. The accused found himself in the midst of a test case which would have attracted a great deal of publicity because of the legal issue at stake. Yet the offence itself was a relatively minor one. Further, there was evidence that publicity would harm the accused's ailing wife and his three daughters. On an application to have his identity kept secret, the Ontario High Court imposed a

---

191. Such as in the case of *R.* v. *P.*, *supra*, note 139.

192. The merits of such a proposal were discussed in Allen M. Linden, "Limitations on Media Coverage of Legal Proceedings: A Critique and Some Proposals for Reform," in Anisman and Linden, eds, *supra*, note 8, 301 at 303-4.

193. See subsection 662.1(1) of the *Criminal Code*.

194. According to *Re R. and Unnamed Person*, *supra*, note 142.

195. New Zealand Criminal Law Reform Committee, *The Suppression of Publication of Name of Accused* (Wellington, 1972).

196. *Supra*, note 139.

publication ban on the accused's name and other identifying features.[197] It is in these kinds of extraordinary circumstances that the provisions in optional Recommendations 7(5) and 7(6) would apply.

Optional Recommendation 7(7) provides rules for the expiry of a publication ban of the type envisaged in Recommendation 7(5). In general, the proposed ban on the publication of an accused's identity would expire upon conviction, unless terminated by order of another court before which the accused appeared. If the accused were acquitted, the publication ban would continue in force. This recognizes that the public has a genuine interest in knowing the identities of those convicted of criminal offences. The publication ban on the identities of witnesses and victims would terminate only upon court order.

RECOMMENDATION

Special Provisions for Closed Proceedings

8. Where a criminal proceeding takes place in the absence of the public, the court may:

(a) admit members of the public who are engaged in *bona fide* research into the operation of the criminal process on appropriate terms and conditions; or

(b) limit public access to any transcript of the proceeding the disclosure of which would frustrate the purpose for which the proceeding was closed.

Commentary

This recommendation proposes special judicial powers in situations where criminal proceedings take place in the absence of the public. Thus, they would apply to the situations contemplated in Recommendation 6 if no members of the public were permitted to remain in the courtroom. They would also apply to other proceedings which, according to our recommendations, could take place in the absence of the public (for example, the issuance of search warrants — Recommendation 10; pre-hearing conferences — Recommendation 17).

Where proceedings are closed to the public, we believe that the presiding judge or justice should have some residual discretion to admit members of the public who are engaged in *bona fide* research into the operation of the criminal process. In the Commission's Working Paper 47 on *Electronic Surveillance*, we remarked on the difficulty of making informed recommendations about the process of obtaining authorizations to intercept private conversations owing to the restrictions on access to authorization hearings and documents relating to them.[198] Because of the secrecy of this process, it is presently impossible to observe it in operation. The same could be said of the issuance of search warrants. Our proposal in Recommendation 8(a) is designed to permit research and observation of these types of proceedings. While it is necessary for

197. The order was later discontinued: *R.* v. *P.*; *R.* v. *DiPaola*, *supra*, note 139.

198. LRCC, *supra*, note 76 at 59-61.

these proceedings to take place in the absence of the public, they must also be subjected to scrutiny to ensure protection of the public interest. The researcher could, according to our proposal, be required to accept certain terms and conditions of attendance, such as obtaining the consent of the applicant or parties, or agreeing to give copies of the research to the court, applicant or parties prior to publication.

Where criminal proceedings are closed to the public, it is necessary to allow the court to make an order regarding access to the transcript of those proceedings if one exists. This is provided in Recommendation 8(b). Access could be denied to a transcript if disclosure of its contents would be at odds with the reason for closing the proceedings in the first place. To illustrate, if the public were excluded from a hearing to determine the admissibility of a complainant's sexual history, it would frustrate the purpose for closing the hearing if the public were given access to a transcript of it. The point of closing the proceeding is to prevent disclosure of what may be embarrassing and irrelevant evidence. On the other hand, excluding the public during the testimony of a young witness, would not necessitate restricting access to the transcript. Closure in that case would serve to encourage a young person to give evidence, not to prevent disclosure of the evidence itself. Public access to the transcript would, in that situation, be desirable so that exclusion of the public would not in itself prevent dissemination of information about a criminal proceeding.

B. Pretrial Matters

There are some general principles that apply to certain types of pretrial investigatory proceedings such as applications for authorizations for electronic surveillance and applications for search warrants. In these situations, there are concerns that compete with the public interest in maximum openness. Completely open proceedings could expose the existence of, and techniques used in, police investigations and thereby frustrate the enforcement of criminal law. Scrutiny of the process of authorizing searches and wiretaps may also inhibit a candid exchange between the police and the presiding justice. If public access were permitted to the documentary foundation for these proceedings, it would be possible for police informers or others assisting the police in an investigation to be identified, jeopardizing their personal safety and the success of the investigation. Similarly, persons whose association with an investigation is completely innocent, including those who may have been wrongly suspected of criminal activity, may be publicly named and suffer injury to their reputations.

Against these interests, the value of openness must be weighed. In these kinds of proceedings it would permit the public to assess the propriety of police and judicial action in the authorization of intrusive powers. It would also allow affected parties to challenge the legality of intrusions they have suffered. Further, openness would permit researchers to study the frequency and result of police activities with a view to making informed recommendations for law reform. In general, the knowledge that their actions may be scrutinized by the public may encourage public officials to exercise greater care

and caution in discharging their responsibilities and may foster greater public accountability.

Other types of pretrial proceedings raise different issues. For example, in those relating to the prosecution of a criminal offence, there is often a concern that publicity may jeopardize a fair trial. While this may be a concern prior to laying a charge it becomes paramount once a charge is laid. Our general approach is to permit greater freedom to attend and report pretrial proceedings while advocating greater consideration of alternatives to measures that restrict these important activites. As has been pointed out,[199] the interests in maximum openness and trial fairness are perhaps not as mutually exclusive as has been thought. There are means, we believe, for giving greater recognition to both.

An empirical question arises in any discussion of pretrial proceedings such as judicial interim release (bail) hearings and preliminary inquiries. To what extent will adverse publicity about an accused irreparably interfere with the objectivity of potential jurors? In a Study Paper prepared for the Commission, the attempts in the literature to analyze this issue have been canvassed.[200] There is a definite need, however, to study further the impact of the media on trial proceedings. Since many of the available studies have been conducted in the United States, we need more work done in the Canadian context.

Existing studies show that there are various elements in the pretrial reporting of crime that can affect the attitudes of potential jurors. Simply reporting that a person has been arrested can arouse adverse feelings against the accused.[201] Similarly, reporting information about an accused's previous criminal record can have a damning effect not only on potential jurors,[202] but perhaps on judges as well.[203] It appears that the most prejudicial information that can be published about an accused is that a confession was made.[204] Studies show that potential jurors are likely to prejudge guilt upon learning of a confession.[205]

As discussed in Chapter Two, there are various means for minimizing or at least reducing the impact of this kind of prejudice on the trial process. A change of venue, delaying a trial, and challenging jurors for cause can all be invoked where necessary to a fair trial. However, studies demonstrate that stern instructions to jurors to disregard

199. See Lepofsky, *supra*, note 66 at 11-5.

200. L. Luski and T. McCormack, "Mass Media Effects upon Pretrial and Trial Proceedings: An Examination of the Empirical Literature," (1985) [unpublished Study Paper prepared for the LRCC].

201. M. Tans and S. Chaffee, "Pretrial Publicity and Juror Prejudice" (1966) 43 Journalism Quarterly 647; Thomas E. Dow, "The Role of Identification in Conditioning Public Attitude toward the Offender" (1967) 58 Journal of Criminal Law, Criminology and Police Science 75.

202. Alice M. Padawer-Singer and Allen H. Barton, "The Impact of Pretrial Publicity on Jurors' Verdicts," in Rita James Simon, ed., *The Jury System in America* (London: Sage Publications, 1975) at 135.

203. H. Kalven and H. Zeisel, *The American Jury* (Boston: Little, Brown, 1966).

204. Donald M. Gillmor, *Free Press and Fair Trial* (Washington: Public Affairs Press, 1966) at 91.

205. Tans and Chaffee, *supra*, note 201; W. Wilcox, "The Press, the Jury and the Behavioral Sciences," in F.S. Siebert *et al.*, *Free Press and Fair Trial: Some Dimensions of the Problem* (Athens: Univ. of Georgia Press, 1970) 49 at 53; Padawer-Singer and Barton, *supra*, note 202.

what they have heard outside the courtroom are the most effective means of preventing publicity from influencing jurors.[206] Such instructions have been found to be capable of completely neutralizing the effects of pretrial publicity.[207] Although we must be cautious about relying too heavily on this research, we should neither overestimate the fragility of our system of justice nor underestimate the intelligence of jurors. The following recommendations reflect our confidence in the Canadian system of justice and the ability of jurors to execute their assigned duty conscientiously.

RECOMMENDATION

Electronic Surveillance

9. (1) A judge should receive an application for an authorization to intercept a private conversation or a renewal of an authorization in the absence of the public.

(2) The packet containing all documents relating to an application should be sealed and should not be opened except by court order or as authorized by rules of disclosure to accused persons and others who have been the objects of interceptions.

(3) Everyone may examine an authorization, a renewal or a certificate of notice after:

(a) the accused has received notice of the prosecution's intention to introduce an intercepted private conversation into evidence and has consented to disclosure;

(b) the object of an interception has received notice of the interception and has consented to disclosure; or

(c) it has been introduced as evidence in a legal proceeding.

(4) The entire contents of an authorization, a renewal or a certificate of notice may be published or broadcast and accordingly the current provisions of the *Criminal Code* prohibiting disclosure of the existence of an intercepted private conversation should be amended.

(5) A judge who receives an application for, or who previously granted, an authorization or renewal may, if requested, obscure with a cypher matters contained in the authorization, renewal, or documents relating to the application which, if disclosed, would

(a) frustrate an ongoing police investigation, or

(b) pose a risk to the safety of any person.

---

206. R. Simon, "Murder, Juries and the Press" Trans-action (May/June, 1966) 40.

207. *Ibid.* See also F. Kline and P. Jess, "Prejudicial Publicity: Its Effect on Law School Mock Juries" (1966) 43 Journalism Quarterly 113; and R. Simon, "Does the Court's Decision in Nebraska Press Association Fit the Research Evidence on the Impact on Jurors of News Coverage?" (1977) 29 Stan. L. Rev. 515.

(6) Any obscured matters may be revealed in order for the accused to make full answer and defence by a judge who:

(a) reviews the validity of an authorization, a renewal or a decision to obscure matters contained in the authorization, renewal or documents relating to an application for an authorization or renewal; or

(b) hears an application to exclude evidence obtained by means of the interception of a private conversation on the basis of a substantive defect in the application for the authorization or renewal.

Commentary

In our recent work on *Electronic Surveillance*,[208] we analyzed the need for secrecy in the process of authorizing the interception of private communications and the concurrent need for public accountability in the exercise of this power. We determined that there must be a power to limit public access to the process in order to reinforce the effectiveness of electronic surveillance as an investigative device. At the same time, we found that greater openness after the execution of an interception would better serve the public interests in monitoring the activities of public officials and would introduce an element of greater fairness for accused persons against whom evidence obtained by means of an interception may be tendered.

The hearing at which an authorization for electronic surveillance is sought should continue to be *in camera*.[209] If the interception of private communications is to be an effective means of investigating crime, it must be carried out secretly. We affirm that position in Recommendation 9(1). The need for secrecy was recognized with respect to search warrants in the *MacIntyre*[210] case and is even more true of electronic surveillance. To the extent that this constitutes an intrusion upon the principle of openness, and hence, a violation of freedom of expression and freedom of the press under paragraph 2(*b*) of the *Charter*, it can be justified as the only possible means of protecting the substantial public interest in criminal law enforcement. Our proposal is subject to Recommendation 8(a) that a judge have a discretion to admit members of the public who are conducting *bona fide* research into the process.

However, once the authorization has been obtained and an interception has occurred, there are other considerations to which the interest in absolute secrecy must yield. We recommended in Working Paper 47 that public access to documents on which an authorization is based not be permitted, as electronic surveillance is an ongoing investigative device that is subject to renewal. Public access to these documents would frequently result in interference with a continuing investigation. However, we recommended that documentary disclosure be accorded to accused persons in order for them to prepare their defence and, where appropriate, to challenge the basis for the

208. LRCC, *supra*, note 76.

209. LRCC, *supra*, note 76, Recommendation 18 at 31.

210. *Supra*, note 71.

authorization.[211] Similarly, those who are the objects of an interception should be given disclosure so that they may initiate civil proceedings or challenge the authorization.[212] Thus, we propose in Recommendation 9(2) that the packet continue to be sealed, but that both accused persons and objects of interceptions be given access after they have received notice of the interception or of the prosecution's intention to introduce an intercepted private conversation into evidence pursuant to subsections 178.23(1) and 178.16(4) of the *Criminal Code*. The packet could also be opened by court order.[213]

While documents relating to an application for an authorization remain sealed, the authorization and renewals do not. They do, however, form part of the court file. Recommendation 9(3) contains a proposal for public access to those documents and to the certificate of notice.[214] We would permit public access to authorizations, renewals and certificates of notice only after the accused or the object of an interception has received notice of the interception or of the prosecution's intention of introducing an intercepted private conversation into evidence, and has consented to its disclosure. Once notice has been given, there is no longer a danger that disclosure of the existence of an interception would frustrate an ongoing police investigation, since the objects of the wiretap will have been made aware of it. However, we would only allow access if the object consents to disclosure because of the extremely intrusive nature of electronic surveillance. The stigma associated with public disclosure of the fact that a person has been the object of an interception prevents us from recommending complete access and publication of wiretap authorizations. By way of our consent rule, however, an object of an interception can bring attention to the matter if he or she so desires. This may result in the publication of the names of other objects of interceptions included in the same authorization. While this has the potential of embarrassing some of those named, it is our view that the public interest in monitoring the use of intrusive investigative devices such as wiretaps is significant and should not be subject to the collective consent of the objects of interceptions. We would not, therefore, require the consent of all those named in authorizations prior to their publication, nor the consent of each named individual before that person's identity could be revealed. In our view, if objects of an authorization choose to bring attention to the investigation, all matters contained in the relevant authorizations, renewals and certificates of notice should become public.

The consent rule would, however, be subject to the provision in Recommendation 9(3)(c). Once the document in question becomes an exhibit in a legal proceeding, public access would no longer be tied to the object's consent. Thus, if an intercepted private conversation were introduced into evidence, or if a challenge were made to the validity of an authorization, the public would be entitled to examine the relevant documents. Recommendation 9(4) makes it clear that once an authorization, renewal or certificate of notice has been examined, all of the contents are publishable. Section 178.2 of the *Criminal Code* would require amendment to implement this

211. LRCC, *supra*, note 76, Recommendations 49 and 51 (at 65) respectively.

212. LRCC, *supra*, note 76, Recommendation 69 at 93 and text at 59-61.

213. That is, by a judge of a superior court of criminal jurisdiction or a judge as defined in section 482. See paragraph 178.14(1)(*a*) of the *Criminal Code*.

214. See subsection 178.23(1) of the *Criminal Code* and *Protection of Privacy Regulations*, C.R.C. 1978, c. 440, s. 2.

recommendation. It should not be an offence to disclose the existence of wiretap activities once the public is entitled to gain access to documents that contain that information.

There remains the question whether the contents of the intercepted communications themselves can be disclosed. In Working Paper 47, we endorsed the current prohibition on their disclosure in the interests of individual privacy.[215] Such a rule operates to prevent the dissemination of private communications in the media, thus protecting the privacy interests of individuals whose words have been intercepted. It may also protect innocent individuals and police informers whose names arise in the intercepted conversations. Of course, disclosure is permitted in the course of criminal proceedings pursuant to paragraph 178.2(2)(*a*) of the *Criminal Code*.

In Working Paper 47, we suggested that judges be given a power to prevent disclosure of matters contained in authorizations or other documents relating to an application to intercept a private conversation, where disclosure would tend to reveal the identities of police informers or others who assisted the police in their investigation.[216] The appropriate means for doing so, in our opinion, is to obscure the sensitive information with a cypher. In Recommendation 9(5), we recognize this power and include an additional ground for preventing disclosure of information contained in the documentation. We believe that, where necessary, a judge who issues an authorization should also have the power to obscure matters that, if disclosed, would frustrate an ongoing police investigation. Use of electronic surveillance techniques can be part of a continuing police operation involving several suspects which often does not terminate after an interception has occurred. Yet because the object of the interception is entitled to notice, there is a risk that the purpose and extent of the ongoing investigation may be rendered fruitless by its being revealed to other suspects. We do not, however, believe it is necessary to include a power to limit access to the packet itself to protect a police investigation or police informers, since access to the packet is already extremely limited. This distinguishes documents relating to an interception from search warrant documents, which the public is generally entitled to examine.[217]

Finally, once matters in wiretap documents have been obscured, there ought to be some mechanism for revealing those matters at a later stage. We believe that a court which reviews the validity of the authorization or which determines the admissibility of intercepted conversations should be empowered to reveal the obscured matters if necessary for the accused to make full answer and defence. In Working Paper 47 we

---

215. LRCC, *supra*, note 76 at 93-4. We also recommended that two additional exceptions to the prohibition be added (Recommendation 74 at 94-5).

216. LRCC, *supra*, note 76, Recommendation 50 at 65.

217. See Recommendation 10, *infra*, and commentary. See also S.A. Cohen, *Invasion of Privacy: Police and Electronic Surveillance in Canada* (Toronto: Carswell, 1983) at 134 where such a distinction is made between wiretap documents and search warrant documents.

suggested that questions of admissibility could be determined at a preliminary inquiry or at trial, instead of seeking an independent review of the authorization in the superior court.[218]

RECOMMENDATION

Search Warrants

10. (1) A justice should receive an application for a search warrant in the absence of the public.

(2) Everyone may examine a search warrant and its supporting information after the warrant has been executed.

(3) The entire contents of a search warrant and its supporting information may be published or broadcast.

(4) A justice who receives an application for, or who previously issued, a search warrant may, if requested by the applicant, obscure with a cypher:

(a) any telephone number appearing on a search warrant or its supporting information if disclosure of the telephone number would be likely to reveal the existence of electronic surveillance activities; or

(b) the name of, or other information serving to identify, an informant appearing on a search warrant or its supporting information if that person's safety would otherwise be jeopardized.

(5) A justice who receives an application for, or who previously issued, a search warrant may if requested deny public access to the warrant or its supporting information until introduced as evidence in a legal proceeding where disclosure of their contents would:

(a) frustrate an ongoing police investigation, or

(b) pose a risk to the safety of any person

and an order obscuring matters contained in the warrant or supporting information would not be adequate in the circumstances.

(6) A judge who reviews the validity of a search warrant or a decision to obscure matters contained in the warrant or its supporting information may reveal any obscured matters if necessary for the accused to make full answer and defence.

Commentary

Publication of information relating to police conducted searches has recently become controversial. With respect to access to hearings at which applications for search warrants are made, the considerations are the same as those surrounding

218. As presently required. See *Wilson* v. *R.*, *supra*, note 75 and LRCC, *supra*, note 76 at 52-65 and Recommendation 51 at 65.

applications for wiretap authorizations. In *MacIntyre*,[219] the Supreme Court of Canada held that search warrant application hearings may be held *in camera* in order to ensure the efficacy of the warrant as an instrument of criminal law enforcement. We concur with this position in Recommendation 10(1).

The question of access to the hearing, however, is only the first issue that must be confronted in determining the breadth of the guarantee of freedom of expression and freedom of the media in relation to search warrants. Access to documents and publication or broadcast of their contents are subsequent and more problematic issues. In *MacIntyre*, the Court was guided by the principle that judicial acts and information relating to those acts should, presumptively, be accessible and publishable.[220] To give effect to the applicable *Charter* guarantees, we must be guided by these same presumptions.

Precisely what kinds of information are contained in warrants and supporting informations and the interests that ought to be protected should be made clear before we define the limitations themselves. A warrant will usually, but not always, state the names of the officers who are authorized to conduct a search. For example, although not required in warrants issued under sections 443 or 443.1 of the *Criminal Code*, it is mandatory for warrants issued pursuant to section 10 of *Narcotic Control Act*.[221] A warrant and supporting information will identify other persons, such as the issuer, informants, persons from whom information has been obtained, including victims of crime, the occupants of premises to be searched and perhaps suspects or accused persons. Other information, such as the reasons for the search, the suspected offence and the property to be sought and seized, will also be contained in these documents.

In our study of search warrants conducted for our Working Paper on search and seizure, we discovered that over fifty per cent of the warrants examined were invalid for failure to set out properly the necessary information.[222] For this reason, among others, we strongly recommended that warrants and supporting informations generally be examinable in order to encourage greater adherence to legal standards in the authorization of an intrusive power. It may be that the prospect of public access will actually cause some peace officers to omit information from a warrant application. However, we are of the view that it would be better to raise the overall level of compliance with warrant authorizing procedures than preserve inclusion of what may be unnecessary detail in a small number of cases.

Having recognized the public interests in maximum openness in this process, we must consider the potential impact on other interests. In the *MacIntyre* case,[223] protection of the innocent was held to justify limiting public access to the warrant and

---

219. *Supra*, note 71.

220. See *supra*, pp. 23-4.

221. R.S.C. 1970, c. N-1.

222. LRCC, *Police Powers — Search and Seizure in Criminal Law Enforcement* (Working Paper 30) (Ottawa: Supply and Services Canada, 1983) at 244.

223. *Supra*, note 71.

supporting information until the warrant had been executed and something found. This prevents the public identification of persons named in a warrant or supporting information until some concrete basis for a peace officer's suspicion has been established. Such a mechanism, however, only protects one group of "innocent" persons — those suspected of criminal activity but for whom that suspicion is negated by a subsequent fruitless search. There are other innocent persons who may be equally harmed by being identified after public inspection of search warrant documents. For example, occupants of searched premises may have no association whatsoever with the crime under investigation; yet, the rule in *MacIntyre* would permit them to be identified if evidence of an offence were found on their property. Similarly, even those originally suspected of criminal activity may be innocent, notwithstanding that something was seized in the course of a search. A person suspected of possessing stolen property may have property seized from his possession but may never be charged if, for example, it is later discovered that indeed the property was not stolen or that the suspect had a reasonable explanation.

Thus, the *MacIntyre* case stands for the proposition that the innocent must be protected from the harms flowing from public identification. However, its solution did not reach all innocent persons, nor did it deal with effects of the revelation of other matter contained in a warrant or supporting information. For this reason, in our work on search and seizure, we recommended that restrictions other than those foreseen by *MacIntyre* be enacted.[224] However, since we formulated that position there has been a number of cases interpreting the extent of the freedom of expression and the freedom of the press in relation to criminal proceedings. Further, a statutory provision restricting publication of the contents of warrants and supporting informations was introduced into the *Criminal Code*.[225] This provision generated some heated responses from the media, and in some cases, deliberate flouting of the restriction. Some newspapers printed the location of a search without the occupant's consent[226] in spite of the publication ban on this information and have been successful in obtaining judicial declarations that such a ban offends paragraph 2(*b*) of the *Charter*.[227] The Minister of Justice has stated that he is treating the provision as inoperative. Because of these developments, we revisit the issue in this Working Paper.

Recommendation 10(2) allows public access to a warrant and supporting information after the warrant has been executed even if nothing was found in the course of the search. The interests in effective law enforcement clearly diminish after the execution of the warrant, at which point, as was recognized in *MacIntyre*,[228] the public interest in openness ascends. However, there is no reason, in our view, to make any ready association between the "success" of a search and the disclosure of the identities of persons who may be named in warrant documents.

---

224. See *supra*, note 4, section 17 and comments at 29-33.

225. *Criminal Code*, section 443.2, set out *supra* at 27.

226. See, for example, Peter Moon, "Law amendment gags media, MPs say," *The [Toronto] Globe and Mail* (14 February 1986) A1.

227. See *Canadian Newspapers Co.* v. *A.G. Canada*, *supra*, note 91.

228. *Supra*, note 71.

Recommendation 10(3) permits publication of the contents of a warrant and supporting information. We would not limit the publication of matters contained in warrant documents except where it is necessary, according to Recommendation 10(4) or 10(5) to obscure matters contained in them or to deny access to them. This is a marked departure from the present law, but one which we believe is necessary to bring the law into conformity with the *Charter*.

Most significantly, our approach would permit publication of the identities of persons who are named in search warrant documents. During our deliberations we presented consultants with a revised version of section 443.2 of the *Criminal Code* which would have protected the identities of all innocent persons (including those presumed innocent, that is, suspects) and prevented publication of the location of a search. Our proposed rule was subject to a consent provision and the publication ban would have terminated upon disclosure of the secreted information in judicial proceedings, upon the laying of charges arising from the search or upon a court order.

Criticism of our proposal, which was itself much more permissive than section 443.2 of the *Criminal Code*, was largely of two types. Some consultants believed that such a provision would still constitute an intrusion upon freedom of expression. It would have allowed access to certain information in warrant documents, but prohibited communication of some of that information. The preferred approach, according to their reasoning, would be to deny access where necessary to protect a superordinate interest.

The other response to our proposed revision of *Criminal Code* section 443.2 was that the protection we would have given innocent persons was so limited as to be illusory, since that protection would terminate on the laying of charges, disclosure in judicial proceedings or by court order. Further, our rule would not have prevented publication of information about searches obtained from sources other than the warrant documents so that ultimately, innocent persons were likely to be named. Therefore, our approach would have merely postponed the inevitable.

After considerable deliberation, the Commission has decided not to recommend that the contents of warrants and supporting informations be subjected to a publication ban. However, we are still of the view that there are matters contained in those documents which, in exceptional cases, should not be disclosed. In preference to a publication ban, however, we recommend that when necessary sensitive matters should be obscured with a cypher. Where such a measure would not be effective, access to the documents could be denied. These proposals are set out in Recommendations 10(4) and 10(5).

Recommendation 10(4) would permit the court issuing a warrant to obscure certain matters set out in warrant documents in narrowly defined circumstances. This was originally proposed by the Commission in its Report 24 on *Search and Seizure*.[229] The

229. See *supra*, note 4, subsection 9(1) at 20-1. The Commission also recommended that police not be required to reveal the identity of informers in applying for a search warrant. *Ibid.*, section 8 at 19. However, see *Aikenhead Door and Hardware Ltd.* v. *Wagschal*, 13 W.C.B. 280 (January 23, 1985), (Ont. H.C.) [unreported] in which a search warrant failing to identify an informer was quashed.

power to make orders limiting access to information in court documents was foreseen by the Supreme Court in the *MacIntyre* case where the majority stated:

> Undoubtedly every court has a supervisory and protecting power over its own records. Access can be denied when the ends of justice would be subverted by disclosure or the judicial documents might be used for an improper purpose. The presumption, however, is in favour of public access and the burden of contrary proof lies upon the person who would deny the exercise of the right.[230]

This discretion was interpreted in the case of *Re A.G. of Ontario and Yanover* as giving the issuing court a power to seal warrant documents, at a minimum, where there would be a risk of disclosure of information concerning police use of electronic surveillance, the identities of confidential informants or police investigative techniques, and where disclosure would otherwise obstruct a continuing police investigation.[231]

Our approach differs, however, from that in *Yanover*. We would give the issuing court the power to delete certain particularly sensitive information, rather than deny access to all documents and have isolated two kinds of information that should be subject to this kind of order. In Recommendation 10(4)(a) we refer to telephone numbers contained in warrant documents which, if disclosed, would reveal the existence of wiretapping activities. In situations where a warrant is sought to search telephone company premises for records, disclosure of the existence of electronic surveillance activities would be inevitable if there were no restriction on disclosure of the telephone numbers in relation to which records were sought. Therefore, there is a need to empower a justice to obscure that information with a cypher.

Consistent with the common law protection offered to police informers, Recommendation 10(4)(b) would permit the name or characteristics of an informer to be obscured where the person's safety would otherwise be threatened.[232]

Recommendation 10(5) would allow an issuing justice to deny public access to warrant documents in narrow circumstances. This is a power analogous to that recognized in the *Yanover* case. However, we would limit its exercise to situations where disclosure would result in the frustration of an ongoing police investigation[233] or a threat to the life or safety of any person. Further, this power could only be used if the obscuring of matters contained in the document would not be effective in the circumstances. This would permit a justice, for example, to deny public access where disclosure of information in the warrant documents would pose a risk to the safety of a person other than a police informer, such as an innocent party. Similarly, if there were information other than a telephone number in the warrant documents relating to an ongoing police investigation, a justice could deny public access to them. In accordance

---

230. *Supra*, note 71 at 189.

231. (1982), 68 C.C.C. (2d) 151 (Ont. Prov. Ct.) at 163 [hereinafter *Yanover*].

232. See, for example, *Bisaillon*, *supra*, note 135.

233. It appears that in the United States, public access to warrant documents can also be denied where a police investigation is continuing: *Seattle Times Co.* v. *Eberharter* (1985-86) 38 Crim. L. Rptr. 2353 (Wash. Sup. Ct.).

with the existing law, interested parties could still obtain access any time after the warrant was executed.[234] Recently, the Supreme Court of Newfoundland ruled that persons whose property has been searched, as interested persons, may also have access to sealed warrant documents even where there is a risk of disclosure of the identity of an informant.[235] They must have access, the Court stated, in order to be able to challenge the validity of the warrant.

Recommendation 10(6) would permit a court reviewing the validity of a warrant or a decision to obscure matters in the warrant documents to reveal matters that had previously been obscured if the information would be needed by the accused to make full answer and defence. This is analogous to the power we provided earlier in relation to electronic surveillance (Recommendation 9). There is no need for an express power to give an accused access to warrant documents that have been kept from public view since the accused, as an interested party, already has the right to obtain access any time after execution of the warrant.[236]

We believe that our approach to this issue constitutes an improvement over section 443.2 of the *Criminal Code*. There are various problems with the present law that we have attempted to avoid in our recommendation.

First, the prohibition on publication and broadcast in section 443.2 of the *Criminal Code* is too broad. It applies whether or not the information is discovered through inspection of the warrant or from other sources. The prohibition applies whenever a warrant has been issued or a search conducted under a warrant. Thus, if a reporter is present on the scene when a search is conducted pursuant to a warrant, he would be prevented from publishing the location of the search and the occupant's name, even though no access to the warrant documents was ever sought. We have avoided such a general prohibition by allowing publication of information about searches whether obtained from warrant documents or through other sources. In other words, we would not restrict the publication of knowledge that a person has acquired about searches. To do otherwise would create too great an imposition on freedom of expression and freedom of the media, as it could serve to restrict communication about what could have been observed phenomena. Both of the courts which struck down section 443.2 on *Charter* grounds criticized this aspect of the present law.[237]

The second problem with *Criminal Code* section 443.2 is that it protects the occupants of premises and suspects in the investigation, but not confidential informants. We have done this through our Recommendations 10(4) and 10(5), which would permit a court to obscure with a cypher an informant's identity, or deny public access to warrant documents if disclosure of their contents would pose a risk to a person's safety.

---

234. See, for example, *Realty Renovations Ltd.* v. *A.G. for Alta.*, *supra*, note 88; and *MacIntyre*, *supra*, note 71.

235. *Rideout and Rideout and Associates Ltd.* v. *R.* (1987), 61 Nfld & P.E.I.R. 160 (Nfld. S.C.).

236. *Ibid.*

237. *Supra*, note 91 at 215 (Ont. H.C.) and 382 (Man. Q.B.).

Thirdly, section 443.2 of the *Criminal Code* requires that the consent of all occupants and all suspects be obtained prior to publication of the location of a search or the names of any of the occupants or suspects, whether or not those names appear in the warrant or supporting information. This is the most serious problem with the provision.[238] In a complex case, there may be many occupants of searched premises (for example, an office building) and dozens of suspects (for example, the officers of several corporations) making it nearly impossible to obtain their consent to publication. Further, this requirement may itself constitute an infringement upon the individuals' privacy and the protection of the innocent. In order to comply with the provision, the media would have to be given access to the names and addresses of innocent persons, who may not have even been named in warrant documents, so that the necessary consent could be obtained prior to publication. This could in fact result in harassment of innocent individuals although the purpose of the provision is presumably to protect them. We acknowledge that our approach would result in the names of innocent persons being released to the public. Where this is done in a manner that defames innocent persons by unjustifiably associating them with criminal behaviour, such persons would have access to a civil remedy in libel. If it is simply reported that a search took place at the home of a certain individual, there is little harm done to that person. Any harm at all would be the result of hasty or ill-founded conclusions about the person's connection to the police investigation. In our view, the *Criminal Code* is not the appropriate device for dealing with what may be an inclination to jump to conclusions, nor can sound rules of criminal procedure be founded on that inclination.

Fourthly, the prohibition in section 443.2 terminates only when a charge has been laid "in respect of any offence in relation to which the warrant was issued." On the one hand, this means that whenever a charge results from an investigation, the names of innocent persons would be publishable. On the other hand, if no charge is laid as a result of the investigation preceding the search, (and even if a different charge arises out of the search) media activity could be restricted indefinitely, unless compliance with the consent requirements was effected.[239] This has the effect of creating two categories of "innocent" persons — those whose premises are searched and charges subsequently laid as a result, and those whose premises are searched and no charges or different charges laid as a result. In our view, there is no reason to distinguish between these categories.

Finally, section 443.2 of the *Criminal Code* adopts a definition of "newspaper" which results in the application of the publication ban to daily and monthly publications, but creation of an exemption for quarterly or annual journals.[240] There appears to be no sound basis for this distinction which, needless to say, our approach avoids since we do not advocate the use of a publication ban.

---

238. The Ontario High Court in the *Canadian Newspapers Co.* v. *A.G. Canada* case also criticized this aspect of section 443.2; *supra*, note 91 at 214.

239. *Supra*, note 91 at 214 (Ont. H.C.).

240. *Supra*, note 91.

RECOMMENDATION

Disposition of Seized Property

11. (1) Any hearings at which determinations are made governing the disposition of seized property should be open to the public, subject only to subsection 444.1(10) of the *Criminal Code*, which requires that hearings to determine the disposition of documents seized from a lawyer be held in private if a claim of solicitor–client privilege has been made.

(2) Everyone has the right to examine inventories of seized property and post-search and post-seizure reports.

(3) The entire contents of inventories of seized property and post-search and post-seizure reports may be published or broadcast.

Commentary

The *Criminal Law Amendment Act, 1985* introduced numerous changes as to how seized property is disposed of. Questions of access to, and reporting of, disposition proceedings,[241] as judicial acts, should be governed by the general presumption in favour of openness. They can be distinguished to some extent from pretrial investigatory proceedings such as wiretap and search warrant applications in that the disposition proceedings usually occur at the completion of an investigation, rather than at the beginning. There is less risk that public access to this process will jeopardize a criminal investigation or interfere with effective law enforcement. Thus, in Recommendation 11(1) we state that the public should be entitled to attend disposition hearings, subject only to subsection 444.1(10) of the *Criminal Code* which requires that hearings involving a determination of whether seized documents should be protected by solicitor–client privilege be closed. Public access in other cases may even assist police in an investigation in that attendants may help to identify seized property or offer other important information.

Recommendation 11(2) deals with access to documents associated with the disposition of seized property. The reference to "inventories of seized property" arises from our recommendation in Report 27 on *Disposition of Seized Property* that inventories be prepared by peace officers and given to those parties with an apparent interest in the property.[242] We refer to both "post-search" and "post-seizure" reports to make it clear that there should be public access to reports prepared after a search whether or not anything was seized. For example, subsection 443.1(9) of the *Criminal Code* presently requires a peace officer to make a written report consequent on the execution of a telewarrant, whether or not a seizure of property occurred in the course

241. See, for example, s. 445.1(1)(*b*)(i), 445.1(2)(*a*) (bringing seized property before a justice); s. 446(2)(*a*), 446(3)(*a*) (applications for extension of custody order); s. 446(5), (6), (7), (10) (applications for disposition orders); s. 446(15) (application for access to examine seized property); s. 446(17) (appeal from disposition orders); s. 446.2(2) (disposition of property obtained by commission of an offence).

242. *Supra*, note 5, Recommendation 2(1) at 10.

of the search.[243] On the other hand, section 445.1 allows a peace officer either to bring seized property before a justice or make a post-seizure report[244] after execution of a warrant. Our recommendations in this area protect the public interest in being informed of police activity and encourage accountability by permitting access to an executed warrant, even when nothing is seized, access to post-seizure proceedings and access to post-search and post-seizure reports.

The issue of publication of the contents of inventories and post-search and post-seizure documents differs from publication of the contents of search warrant documents. The former documents are unlikely to contain information that, if disclosed, would frustrate a police investigation. Nor is a confidential police informant likely to be named in them. There is no need, then, to limit publication of their contents.

RECOMMENDATION

Charge Documents

12. (1) A justice who receives an information may do so in the absence of the public.

(2) Everyone has the right to examine:

(a) an information, once laid, and

(b) an indictment, once preferred.

(3) The entire contents of informations and indictments may be published or broadcast.

Commentary

As we have mentioned in other contexts, the laying of a criminal charge sets in motion various elements of the criminal process. It represents the point at which a peace officer or private citizen has acquired sufficient reasonable grounds to believe that a criminal offence has been committed by a specific individual to justify commencement of a criminal prosecution.

We believe that this step is a significant one in the criminal process and Recommendation 12 is consistent with this belief. It would allow unfettered access to an information, the document which commences a prosecution, and complete freedom to publish its contents. This recommendation, however, would be subject to the prohibition on publishing the identities of victims and complainants in sexual offences set out in Recommendation 7 should that information be contained in a charge document.

---

243. The required contents of this report are set out in paragraphs 443.1(9)(*a*), (*b*) and (*c*).

244. The report is provided in Form 5.2 of the *Criminal Code* (subsection 445.1(3)).

We would, however, permit a justice to receive an information *in camera*. There are two reasons for this. First, the justice is not acting judicially when he receives an information, but rather, he is acting "ministerially."[245] There is no exercise of judicial powers or discretion involved; thus, there is no presumption of openness attaching to it. Second, at the point when an information is laid, there may be a judicial decision to be made simultaneously as to what form of process should issue, that is, in order to compel the accused's appearance to answer the charge or to secure custody of the accused in the public interest. We deal with the issuance of process separately in Recommendation 13. However, there may be a need for the justice to proceed in the absence of the public to ensure the efficacy of the process.

While almost all criminal prosecutions are initiated by the laying of an information, another document (the indictment) is used to set out a description of the allegations against an accused charged with an indictable offence. It comes into existence after the accused is ordered to stand trial following the preliminary inquiry or, if the accused is discharged, or no preliminary inquiry has been held, after the Attorney General indicts the accused directly. In all of these situations, the indictment is said to have been "preferred." Although the indictment is usually drawn up at a later stage in the proceedings than the information, the same rules of publication should apply to both. For this reason, we include it here along with the information. This uniform approach is consistent with our Working Paper 55 on *The Charge Document in Criminal Cases*, in which we recommend that the distinction between informations and indictments be eradicated in favour of a single form of "charge document."[246]

It should be noted that at present no hearing occurs when an indictment is preferred. We have, therefore, made no recommendations regarding public attendance when an indictment is preferred by the Attorney General. In our forthcoming work on powers of the Attorney General, we examine this process in greater detail.

RECOMMENDATION

Issuance of Process

13. (1) A justice should receive an application for the issuance of process to compel the appearance or secure the arrest of an accused or a witness in the absence of the public.

(2) Everyone has the right to examine:

(a) a subpoena,

(b) an appearance notice,

(c) a promise to appear,

(d) a recognizance, whether entered before a peace officer or a justice,

(e) a summons,

---

245. *R.* v. *Jean Talon Fashion Center Inc.* (1975), 22 C.C.C. (2d) 223 (Que. Q.B.).

246. LRCC, *The Charge Document in Criminal Cases* (Working Paper 55) (Ottawa: LRCC, 1987) at 15.

(f) an undertaking entered before a justice, or

(g) a warrant for arrest once executed.

(3) Documents set out in Recommendation 13(2) may be published or broadcast in their entirety.

Commentary

At the time of the laying of an information[247] or, in special circumstances, at a later time,[248] a justice may issue process to compel an accused to attend court to answer the charge against him or her or to secure the custody of an accused or a witness by way of arrest.[249] In order for an arrest to be effective, it is often essential that the person to be arrested not have any forewarning. For this reason, at the point where an application is made for the issuance of process, our Recommendation 13(1) would allow a justice to proceed in the absence of the public.

Recommendation 13(2) would give everyone the right to examine the documentary foundation for an accused's or a witness's obligation to attend court or submit to custody prior to trial. In all cases, except for an arrest warrant, we would allow complete access to the documents. The appearance notice, promise to appear and recognizance entered before a peace officer all come into existence prior to the formal commencement of proceedings by the laying of an information.[250] Nevertheless, it is our belief that these documents should be examinable by the public to enable it to follow the unfolding of a prosecution. Through examination of these documents, the public may know when an accused is required to attend court to answer the charges. They may also know the nature of the allegations and the identities of the police officers who have responsibility for the matter.

The same is true for the other forms of process that issue after an information has been laid. We believe that there is no justification for denying access to these documents in the court file at any time. The only exception is with respect to arrest warrants. If an arrest is to be an effective means of compulsion to attend court or a practicable means of taking an accused into custody, the person to be arrested must not be given advance warning. In the interests of effective law enforcement and public safety, therefore, the warrant should not be examinable until after it has been executed. Recommendation 13(2)(g) provides for this restriction which is similar to the limitation on the rule of access we propose in relation to search warrants in Recommendation 10.

In Recommendation 13(3), we provide that the contents of the documents identified in Recommendation 13(2) may be published or broadcast in their entirety. This recommendation, however, would be subject to the ban in Recommendation 7 on

---

247. See sections 455.3 and 455.4 of the *Criminal Code*.

248. See, for example, section 456.1 of the *Criminal Code*.

249. In our Report 29 on *Arrest* (Ottawa: LRCC, 1986), we identified the grounds on which an arrest is justifiable: see Recommendations 2 and 4 at 21 and 28 respectively.

250. See sections 451, 452, 453 and 453.1 of the *Criminal Code*.

publication of the identities of complainants in sexual offences, should that information appear in any of the documents governed by the present recommendation.

RECOMMENDATION

Judicial Interim Release Hearings

14. (1) Judicial interim release hearings should be held in public.

(2) A justice may prohibit the publication or broadcast of:

(a) evidence tendered, representations made or reasons given at a judicial interim release hearing if, having given consideration to other procedures for protecting the fairness of a subsequent trial, such as an adjournment of trial proceedings, the process of selecting and instructing jurors, or a change of trial venue, the justice is satisfied that these other procedures would not be adequate in the circumstances;

(b) any notice given, evidence taken, information given or representations made at a hearing to determine the admissibility of evidence concerning the sexual activity of a complainant in a sexual offence.

(3) A publication ban imposed under Recommendation 14(2)(a) should expire:

(a) upon discharge of the accused at a preliminary inquiry,

(b) upon conviction or acquittal of the accused at trial, or

(c) upon the entering of a stay of proceedings.

(4) This recommendation should apply to reviews of decisions or orders made at judicial interim release hearings.

RECOMMENDATION

Preliminary Inquiries

15. Recommendation 14 should apply, with the necessary modifications, to preliminary inquiries.

Commentary

As discussed in Chapter Two, there are various means of protecting a fair trial by the imposition of limitations on the openness of pretrial events. In our view, the concerns about publication of evidence tendered at bail hearings and preliminary inquiries are sufficiently similar as to warrant equal treatment in this area. Thus, we have essentially combined Recommendations 14 and 15 and the following commentary applies to both bail hearings and preliminary inquiries.

We begin in Recommendation 14(1) by stating that judicial interim release hearings (and preliminary inquiries) should be conducted in public. There is presently no specific statutory basis for excluding the public from a bail hearing, although the general exclusionary powers in subsection 442(1) of the *Criminal Code* presumably apply as it refers to "any proceedings against an accused." There is a statutory provision (paragraph 465(1)(*j*)) applicable to preliminary inquiries which allows a justice to exclude persons other than the prosecutor, the accused and their counsel from a preliminary inquiry "where it appears to him that the ends of justice will be best served by so doing." Recommendation 14(1) would make it clear that these proceedings should usually be open, subject only to the general power to exclude the public under Recommendation 6 on specific grounds. In our consultations, we were assured that no jeopardy to a fair trial occurs if the public is allowed access to bail hearings and preliminary inquiries. The fairness of a trial can be adequately protected when necessary by imposing publication bans on prejudicial matters disclosed in those proceedings.

The general power to exclude the public in Recommendation 6 would allow a justice to exclude "all or any members of the public from all or part of a criminal proceeding" if necessary to protect one of the identified interests. This language is taken from subsection 442(1) of the *Criminal Code*. It would permit a certain amount of flexibility in the making of closure orders that presently does not exist. Under paragraph 465(1)(*j*), a justice presiding at a preliminary inquiry may only exclude *all* members of the public from the *entire* proceedings.[251] This kind of blanket order should, in our view, be avoided. It permits significant encroachments on the public interest in openness where an order which is much narrower in scope and duration would completely satisfy the competing interests at stake.

Presently, a justice *must* impose a publication ban on evidence tendered at judicial interim release hearings (subsection 457.2(1)) and preliminary inquiries (subsection 467(1)) if the accused so requests. Otherwise the matter is within the justice's discretion.[252] Both these powers are absolute in the sense that they apply to all evidence tendered at the proceeding and, in the case of bail hearings, the prohibition also applies to "information given or the representations made and the reasons, if any, given or to be given" according to subsection 457.2(1). These provisions, in our view, are overly restrictive of freedom of expression, notwithstanding that they have both been found to be constitutionally valid.[253] The mandatory nature of the prohibitions and their breadth constitute an unjustifiable intrusion on the principle of maximum openness. Other similar mandatory orders have, in fact, been found to offend the *Charter*.[254] Our

251. *R.* v. *Savegh (No. 1)* (1982), 66 C.C.C. (2d) 430 (Ont. Prov. Ct.); *R.* v. *Savegh (No. 2)* (1982), 66 C.C.C. (2d) 432 (Ont. Prov. Ct.).

252. Section 467 was recently amended by section 97 of the *Criminal Law Amendment Act, 1985*, to make this clear. However this appears to have been true even under the unamended section 467: see Stuart M. Robertson, *Courts and the Media* (Toronto: Butterworths, 1981) at 201.

253. Section 457.2 of the *Criminal Code*: see *Re Global Communications Ltd. and A.G. Canada*, *supra*, note 96; section 467: see *R.* v. *Banville*, *supra*, note 102.

254. *Re Southam Inc. and R. (No. 1)*, *supra*, note 28 (striking down mandatory *in camera* trials of juveniles); *Canadian Newspapers Co.* v. *A.G. Canada*, *supra*, note 131 (striking down mandatory prohibition on publication of the identity of a complainant in a sexual offence).

approach here is consistent with our earlier Recommendation 3 that no automatic bans should remain in the *Criminal Code*.

We would replace the present limitations with our Recommendation 14(2) which makes it clear that an order should only be made when necessary to satisfy a substantial competing interest. Recommendation 14(2)(a) identifies the interest in a fair trial. It would require that a justice presiding at a bail hearing or preliminary inquiry consider whether other means of guaranteeing a fair trial would be effective before deciding to impose a publication ban. In many ways, this test is similar to, but less strict than, that now required by American courts before publication bans or exclusionary orders will be considered constitutional. In *Nebraska Press Association* v. *Stuart*,[255] the United States Supreme Court held that while adverse pretrial publicity posed a risk that potential jurors would be prejudiced against the accused, this risk did not justify a limitation on freedom of the press to publish information about a sensational murder case prior to trial. The Court stated that alternatives to a publication ban, such as a change of venue, an adjournment, or the careful selection of jurors, had not been demonstrated to be insufficient in the circumstances to protect the accused's right to a fair trial. It set a standard of persuasion that must be met by those seeking a publication ban: "Reasonable minds can have few doubts about the gravity of the evil pretrial publicity can work, but the probability that it would do so here was not demonstrated with the degree of certainty our cases on prior restraint require."[256]

This test has also been applied by the United States Supreme Court to the issue of whether exclusion of the public from a criminal trial is constitutional.[257]

We would simply impose a duty on the presiding justice to apply his mind to the various means of protecting a fair trial which are also available in Canada, before imposing a publication ban. He would not be required to make a definitive ruling with the "degree of certainty" or "probability" that is required in the American context. Our recommendation, then, effects a compromise. We would remove the accused's entitlement to an automatic publication ban on all evidence tendered at bail hearings and preliminary inquiries but require simply a demonstration of the need for a publication ban in the circumstances. As Dickson J. (as he then was) stated in *MacIntyre*: "The presumption, however, is in favour of public access and the burden of contrary proof lies upon the person who would deny the exercise of the right."[258] We believe that this should be the rule with respect to publication bans as well. Thus, if either the defence or the prosecution seeks a limit on the presumption of openness, it must discharge the corresponding onus of proof. However, we would not erect such a heavy onus of proof as required by American courts. We believe, for example, that an accused should not be put to an exacting standard in the assertion of his or her right to a fair trial. The accused should, however, at least direct the court to the possible inadequacies of other available procedural measures.

---

255. 427 U.S. 539, 49 L. Ed. 2d 683, 96 S. Ct. 2791 (1976).

256. *Ibid.*, *per* Burger C.J. at 569.

257. *Richmond Newspapers Inc.* v. *Virginia*, 448 U.S. 555, 65 L. Ed. 2d 973, 100 S. Ct. 2814 (1980).

258. *Supra*, note 71 at 189.

Recommendation 14(2)(b) restates the present law set out in section 246.6 of the *Criminal Code*. The power to impose a publication ban where a *voir dire* is held into a complainant's sexual history should exist whether it takes place at a bail hearing, preliminary inquiry or criminal trial.

We have made proposals relating to access to documents associated with judicial interim release (that is, recognizances, undertakings, and so forth) in Recommendation 13 on Issuance of Process.

Some forms of evidence may be so inherently prejudicial that their publication would almost always be prohibited prior to trial. Confessions, criminal records and the results of certain forensic tests are obvious examples. Still, the prohibition on publication of these matters would, in our scheme, remain discretionary so as to take account of other means of protecting a fair trial, such as a change of venue. It must also be recognized that presently the law of *sub judice* contempt operates to suppress publication of some of the most damaging evidence about pending criminal proceedings even in the absence of publication bans. Our approach assumes the existence of some form of offence of contempt by publication.[259] We have not made any proposals which would limit expression about criminal matters prior to the commencement of the criminal process (for example, by police before a charge is laid). We have confined ourselves here to communication of information about procedural incidents within the criminal process, not discussion about criminal matters at large. That issue has traditionally fallen within the domain of the law of contempt of court, a subject the Commission is addressing elsewhere as part of its comprehensive revision of substantive criminal offences.

Our recommendations present a measured response to the problems of openness of pretrial proceedings. Although we have perhaps extended the range of recognized interests that come into play in pretrial events, we have carefully structured the discretion that should be given to justices in making orders that are intrusive upon openness and have defined the scope of such orders.

We have also provided rules which we think should govern the termination of a publication ban. Recommendation 14(3) sets out the events that should trigger termination of a publication ban on evidence and representations made at bail hearings and preliminary inquiries. Our rule is similar to that now contained in sections 457.2 and 467 of the *Criminal Code*. However, it was suggested during our consultations that the present provisions contain ambiguities. For example, they state that a publication ban terminates when "the trial is ended." It is unclear whether this means after conviction, acquittal, the rendering of a verdict, or after sentencing. There is no reason, in our view, for a publication ban to extend beyond the conviction or acquittal of the accused and our proposal in Recommendation 14(3)(b) so provides.

---

259. See LRCC, *supra*, note 10 and Bill C-19, *supra*, note 9, s. 33.

Another ambiguity relates to the termination of a publication ban in the event of a stay of proceedings. For sake of clarity and completeness, we provide in Recommendation 14(3)(c) that bans should terminate upon the entering of a stay, whether the stay is entered judicially or by the prosecution.

This proposal, however, will not always insulate trial proceedings from matters that have been the subject of a publication ban at a bail hearing or preliminary inquiry. For example, we suggest that a publication ban should terminate upon the discharge of the accused at a preliminary inquiry. Yet, if the prosecution then indicts the accused directly, the trial will take place after the matters which were the subject of the publication ban have been published. Similarly, if the prosecution enters a stay of proceedings, it may later recommence them. In the interim, any information that was previously subject to a publication ban may have been published. Even if the ban lasts until a trial has ended, an accused may subsequently face a new trial if so ordered by an appeal court. In these situations, the publication ban will not prevent prejudicial pretrial evidence from reaching potential jurors. However, protection could only be guaranteed in *all* cases if publication bans lasted until the exhaustion of all trial and appeal proceedings against an accused. We believe that this alternative would constitute an unacceptable limit on freedom of the media to report pretrial evidence. Thus, while there are imperfections in our approach, they are both necessary and reasonable.

Finally, Recommendation 14(4) provides that the same rules should apply upon review of bail hearings and preliminary inquiries as at first instance. The reviewing court would have the power to continue or discontinue a publication ban or exclusion order.

RECOMMENDATION

Pretrial Motions and Applications

16. (1) Pretrial motions and applications should be held in public.

(2) The publication bans available at a judicial interim release hearing or preliminary inquiry should apply, with the necessary modifications, to pretrial motions and applications.

Commentary

There is a wide variety of proceedings which may occur prior to trial that fall under the general rubric of pretrial motions and applications, for example, an application for an extraordinary remedy, an application for a change of venue, motions by counsel to withdraw, motions to quash an information or search warrant, and so forth. We have already provided recommendations relating to the review of determinations made at bail hearings and preliminary inquiries (see Recommendations 14(4) and 15). We must, however, make provision for these other types of pretrial proceedings, many of which will be unexceptional and guided by the general

presumption in favour of complete openness. However, in some cases, these motions may deal with matters that could prejudice a fair trial, such as the reasons for a defence counsel's withdrawal from a case. Some mechanism is needed, therefore, to prevent their publication. We believe that the power to impose a publication ban at a bail hearing or preliminary inquiry should be available to courts hearing pretrial motions and applications. This would permit the presiding judge to ban publication of evidence tendered or representations made, if alternatives such as an adjournment, a change of venue, and so forth, would be inadequate in the circumstances to protect the accused's right to a fair trial.

This recommendation would also apply to the application for a change of venue itself. Courts presently have a common law power to prohibit publication of the mere fact that a change of venue was sought if the application is turned down. This is based on the reasoning that public hostility could be aroused toward the accused by the mere suggestion that the accused believed it was necessary to go elsewhere to receive a fair trial.[260] To our minds, publication of the fact that a change of venue was sought would not cause sufficient prejudice to justify a publication ban. A change of venue may be ordered under paragraph 527(1)(*a*) of the *Criminal Code* where "it appears expedient to the ends of justice." There are many reasons for seeking a change of venue which are unrelated to the possibility of receiving a fair trial, such as the convenience of the witnesses or the parties. Thus, we would not prevent publication of the mere fact that a motion or application was made. Where necessary, a publication ban could be imposed, according to our recommendation, on the allegations made during the motion. For example, if the accused alleged that the community was prejudiced against him, it may be necessary, if the court rules against the motion, to prohibit publication of that information to protect a fair trial. However, any prejudice created by publishing the fact that the accused sought a change of venue and was unsuccessful could be corrected by an adjournment to allow publicity to subside, by the careful selection of jurors or, where it is indeed impossible to assemble a panel of objective jurors, by the ultimate granting of the change of venue application.

Other pretrial motions may deal directly or indirectly with matters that are the subject of an order obscuring them with a cypher or an order prohibiting public access, including applications to terminate these kinds of orders. With respect to an order prohibiting public access to a search warrant, for example, it would be appropriate for a court seized with an application for judicial review to exclude the public pending a determination on the application. This situation is contemplated by our general proposal for excluding the public from criminal proceedings in Recommendation 6.

RECOMMENDATION

Pre-hearing Conferences

17. Pre-hearing conferences should take place in the absence of the public.

---

260. The power to impose a publication ban on the fact that a change of venue application was sought is presently available. See *Re Southam Inc. and R. (No. 2)*, *supra*, note 126.

Commentary

A recent amendment to the *Criminal Code* introduced the concept of regular pretrial meetings taking place between counsel "to consider such matters as will promote a fair and expeditious hearing."[261] They would be mandatory in a case to be tried before a jury. These meetings are to be held with a view to resolving contentious matters that may arise during a trial, in a more expeditious manner than is possible during the trial itself. There may be discussions about the admissions or concessions that the defence and prosecution are prepared to make in order to narrow the issues at trial. There may even be discussions about the possibility of an accused pleading guilty to a lesser or included charge and the corresponding range of sentence he may expect. These are sensitive matters. The role of the pre-hearing conference would be compromised if there were public attendance at, or disclosure of, the discussion.

Most provinces have now promulgated rules of practice to accommodate pre-hearing conferences. Ontario is a typical example. Its rules state:

> Unless otherwise ordered by the pre-hearing conference judge, a pre-hearing conference shall be an informal meeting conducted in chambers at which a full and free discussion of the issues raised may occur without prejudice to the rights of the parties in any proceedings thereafter taking place.[262]

On the other hand, the Québec rules state that the pre-hearing conference is to be held "in court."[263] In our view, if these proceedings were to take place in open court in the presence of the public, their purpose would be defeated.

Further, as the *Criminal Code* states in subsection 553.1(1), a court seized with a criminal case may "order that a conference between the prosecutor and the accused or counsel for the accused, to be presided over by the court, judge, provincial court judge or justice, be held prior to the proceedings ...." In other words, the hearing is not a judicial proceeding as such. It is generally a meeting between counsel "presided over" by a judge or justice. It would not, then, fall within the general presumption of openness as we define it in Recommendation 2, namely, that "all criminal proceedings involving the exercise of judicial powers [should] be conducted in public." Therefore, we recommend that pre-hearing conferences be held in the absence of the public.

---

261. Section 553.1 to come into force on proclamation.

262. *Ontario Supreme Court Rules respecting Pre-hearing Conferences in Criminal Matters*, SI/86-145, s. 4.

263. *Quebec Superior Court Rules of Practice respecting Criminal Matters*, SI/86-81, s. 2. There is a discrepancy between the English and French versions of section 553.1 which may account for the Québec rule. In the English version, the conference takes place between "the prosecutor and the accused or counsel for the accused." In the French version, the conference takes place "entre les parties," i.e., the accused's counsel is not present. Openness of the proceeding is, therefore, a guarantor of fairness to the accused.

C. Criminal Trials and Appeals

Fewer measures ought to be available to limit the openness of actual trial proceedings than are available prior to trial. Once a trial has commenced, there should be much less concern with the impact of publicity on the fairness of the trial. The jurors will already have been selected. Where necessary, they can be isolated from media reports of the proceedings in order to ensure that they base their verdict solely on the evidence before them (see subsection 576(2) of the *Criminal Code*). Still, there are occasions when exclusion of all or part of the public would, to our minds, be justifiable. These are articulated in Recommendation 6 which contains a general power to exclude the public.

RECOMMENDATION

Criminal Trials

18. (1) Criminal trials should be open to the public.

(2) A court may prohibit publication or broadcast of any notice given, evidence taken, information given or representations made:

(a) at a hearing to determine the admissibility of evidence concerning the sexual activity of a complainant in a sexual offence; or

(b) during a portion of the trial at which the jury is not present, if the jury has not been sequestered, until the jury retires to consider its verdict.

Commentary

Recommendation 18 would eliminate much of the vague language presently in *Criminal Code* provisions limiting access to, and publication of, criminal proceedings. Trial proceedings should take place in public, subject only to the general powers of exclusion contained in Recommendation 6. Essentially, we would do away with the broad power in subsection 442(1) of the *Criminal Code* to exclude members of the public "in the interest of public morals." Although this power has been used sparingly in Canadian law, we believe its breadth should be curtailed. We must not, particularly in the post-*Charter* era, base whatever limits on freedom of expression we may tolerate on a paternalistic notion that the public should be spared the details of courtroom happenings "in the interest of public morals." We believe that with respect to sexual offences "[i]t cannot but be in the interest of public morals to have it known publicly that such offences are prosecuted and brought to trial."[264] In this area we must be particularly cautious not to intrude on the concept of openness simply because the information that might be publicly disclosed is shocking.

---

264. *R.* v. *Warawuk*, *supra*, note 113 at 126.

We have also removed the power to exclude the public when it is in the interest of "the proper administration of justice." Generally, the proper administration of justice is enhanced by maximum openness rather than closed proceedings. The fairness of trial proceedings can best be protected, where necessary, by measures limiting publication of pretrial proceedings or by other procedures, such as changes of venue or the careful selection of jurors. The fairness of a jury trial can be safeguarded by the publication ban we propose in Recommendation 18(2)(b), which is modelled on the present section 576.1 of the *Criminal Code*. Our proposal is of a discretionary nature, however, while section 576.1 is an absolute ban.

Recommendation 18(2) contains the publication bans we believe should be available during the trial process. Again, we would not continue limitations based on the interest in public morals presently contained in paragraph 162(1)(*a*) of the *Criminal Code*. The protection of public morals is, to our minds, too vague and too broad a basis for banning publication or broadcast of information about criminal trials.

We would allow prohibitions on the publication of information about *voir dires* concerning the sexual history of complainants in sexual offences or where necessary to keep certain matters from jurors. These protections are already contained in subsections 246.6(3) and 576.1(1) of the *Criminal Code*.

RECOMMENDATION

Trials of Young Persons

19. In place of the power in paragraph 39(1)(*b*) of the *Young Offenders Act* to exclude members of the public, the relevant provisions of Recommendation 6 should be inserted.

Commentary

Our recommendation with respect to the treatment of young offenders is obviously very narrow.[265] The protections presently available for young persons accused of offences and young witnesses and victims, constitute a greater intrusion on freedom of expression than would be permitted in adult proceedings. However, in *Re Southam Inc. and R.*,[266] these protections were found to be justifiable in the interest of the rehabilitation and protection of young persons.

The *Southam* case did not, however, deal with the restriction contained in paragraph 39(1)(*b*) of the *Young Offenders Act*. That provision is identical to subsection 442(1) of the *Criminal Code* which permits exclusion of the public from criminal proceedings "in the interest of public morals, the maintenance of order or the proper administration of justice." In Recommendation 6 and the accompanying commentary,

265. See *supra*, note 171.

266. *Supra*, note 28.

we expressed our view that this provision is vague and overbroad and should be replaced. The effect of this recommendation would be to allow closure of proceedings under the *Young Offenders Act* only where justified by the circumstances presently set out in paragraph 39(1)(*a*) of that Act and where necessary to protect the relevant interests identified in Recommendation 6. Recommendation 6(1)(a) deals with young witnesses who are already protected in paragraph 39(1)(*a*) of the *Young Offenders Act*. The remaining provisions of our Recommendation 6 should replace the broad power to exclude the public in paragraph 39(1)(*b*) of the *Young Offenders Act* for sake of consistency and clarity.

RECOMMENDATION

Access to Exhibits

20. (1) Everyone may examine, photograph or make copies of exhibits admitted into evidence at a criminal proceeding, subject only to Recommendation 20(2).

(2) A court may, on the application of any person with an interest in an exhibit, make an order restricting access to the exhibit or limiting the ability of the public to photograph or make copies of the exhibit where necessary:

(a) to preserve the exhibit,

(b) to protect a proprietary interest in the exhibit, or

(c) to prevent disclosure of the private or confidential contents of the exhibit, unless

(i) the private or confidential contents of the exhibit are relevant to the proceeding in which it was introduced, or

(ii) the public interest requires disclosure.

(3) A publication ban imposed by a court applies to the related exhibits and their contents.

Commentary

As mentioned, the Commission has previously made recommendations governing the disposition of seized property.[267] Also, since passage of the *Criminal Law Amendment Act, 1985*, the *Criminal Code* now contains a regime dealing with seized property. However, the issues here differ from those addressed in our earlier work. In this paper we are dealing with a special kind of property: that which has been tendered as proof of a fact in issue at a criminal trial and ruled to be relevant, whether or not it was seized in the course of a criminal investigation. At this stage, while the private interest in the property continues to exist, the public interest in the property ascends. In effect, it becomes as much a part of a trial as the oral testimony. The rules of access

267. See *supra*, pp. 71-2.

to it and publication of information obtained thereby must be determined by resort to the same principles that govern the trial itself.

As discussed above (at 32-3), the case-law in this area is contradictory. There are no provisions in the *Criminal Code* that deal with public access to, or publication of, the contents of exhibits. Thus, our recommendation would fill a gap in the present law.

In effect, Recommendation 20(1) would allow complete access to exhibits and allow them to be copied, subject to Recommendation 20(2). An exhibit which has been entered into evidence will have been shown to the court and the jury, as well as to the spectators at the trial. In the absence of a publication ban, what has been seen and heard in the trial is reportable to the public at large. To ensure accurate reporting of the evidence, the entitlement to copy the exhibit directly would obviously be preferable to paraphrasing it or relying on recall. If the subject-matter of the evidence can be published, why not the evidence itself?

However, we recognize, as did the Québec Court of Appeal in the *Lortie* case,[268] that other interests converge with the public interest in the exhibit. Recommendation 20(2) attempts to identify those other interests and provide a mechanism for courts to deal with exhibits in a manner consistent with their dual aspect, that is, both private and public. A court should have the power to limit access to exhibits, or the public's entitlement to photograph or copy them, where necessary to preserve the object or to protect a proprietary interest in it, such as a copyright. Further, there should exist a residual judicial discretion to deny disclosure of confidential matters unless they are relevant to the proceeding, or the public interest otherwise requires it. Thus, where sensitive matters are contained in exhibits, but their confidential character is irrelevant to the legal proceeding, the privacy of the owner of the exhibit should be protected. Our approach is to some extent consistent with that of the United States Supreme Court in *Nixon* v. *Warner Communications*.[269] There, the Court held that a trial judge may deny permission to copy exhibits where the copies could be used for an improper purpose.

Recommendation 20(3) would ensure that any matters prohibited from publication at the trial (for example, the name of an informant) would not be disclosed through access to exhibits containing that information.

RECOMMENDATION

Motions and Applications during and after Trial

21. (1) Motions and applications made during or after a criminal trial should be held in public.

---

268. *Supra*, note 124.

269. 435 U.S. 589, 55 L. Ed. 2d 570, 98 S. Ct. 1306 (1978). Elsewhere the Court has affirmed that there is generally complete freedom to publish information contained in public court records: *Cox Broadcasting Corp.* v. *Cohn*, 420 U.S. 469, 43 L. Ed. 2d 328, 95 S. Ct. 1029 (1975).

(2) The publication bans available at a criminal trial should apply with the necessary modifications to motions and applications made during or after a trial.

Commentary

Just as with pretrial motions, there is a variety of motions and applications that may be made during or after a criminal trial. Our approach is to allow public access to all motions and applications, subject to the general power to proceed *in camera* contained in Recommendation 6.

The power to impose a publication ban at a trial or post-trial motion should be the same as the power available at trial. Set out in Recommendation 18, these powers relate to *voir dire* proceedings regarding evidence of a complainant's sexual history or other matters heard in the absence of a jury.

Motions after a trial, such as an application for leave to appeal, a motion to vary a probation order (see subsection 664(3) of the *Criminal Code*), a motion for judicial review of parole ineligibility (see section 672 of the *Code*) or an application for an extraordinary remedy, should always be held in public. Even in the rarest case where the subject-matter could prejudice a fair trial (if a new trial is ordered), there are other means for protecting that trial, that is, adjournment, selection of jurors, change of venue, and so on. Often the passage of time before a new trial will itself be sufficient in assuring that prospective jurors will not be biased by publicity surrounding these kinds of motions.

RECOMMENDATION

Appeals

22. (1) Appeals in criminal cases should be held in public.

(2) Everyone has the right to examine the file on appeal.

(3) Where a prohibition on publication is in force with respect to matters raised on the appeal, the appeal court should determine whether the public interest justifies continuation of the prohibition.

Commentary

In general, the appeal process in criminal cases should be completely open. We recommend that the public be entitled to attend appeals, and in the interest of furthering understanding of criminal law and procedures, the proceedings of appeal courts be entirely publishable. Further, access to the file on appeal in individual cases should be open to scrutiny by the public. The appeal file will usually contain a notice of appeal setting out the grounds for appeal, written arguments, if any, submitted by the parties,

and transcripts of proceedings in the courts below. We see no reason not to permit complete access to these documents.

Our only limitation on complete openness of appeal proceedings relates to matters subject to publication bans. Where these have been ordered by the court below, they should be reviewable by the appeal court, and where the public interest no longer justifies them, they should be terminated. Thus, if a trial court rules that the identity of an informant or a complainant should be kept secret, the appeal court should have a discretion to release the person's name, for example, if it is of the opinion that the accused's right to a fair trial would be limited by the order.

In many cases, publication bans will be uncontentious and no issue will arise on appeal as to whether they should be set aside. For example, prohibitions on publishing the identities of young victims or witnesses, whether in connection with trials of adults or of young persons, will effectively be permanent bans because of the general public consensus that they are justifiable in the interests of rehabilitation. Appeal courts will rarely, we believe, be confronted with controversies surrounding these types of prohibitions.

D. Electronic Media Coverage

Thus far, our recommendations have not applied differentially to various kinds of media access or reporting. The presumption of openness, in our view, should generally apply no matter what kind of access is sought, or what manner of communication about criminal proceedings is to be conducted. However, because of the controversy surrounding the question whether electronic media should be entitled to broadcast criminal proceedings, we include a special recommendation on the subject.

In the Province of Ontario, electronic media access to courts and courthouses is governed by the provincial *Courts of Justice Act, 1984*.[270] It allows broadcast of court proceedings for an educational purpose if the consent of all parties and the presiding judge is obtained (section 146). Most other provinces do not have such specific statutory rules and practices appear to vary among them.[271] Generally, however, no electronic coverage of trials occurs regularly anywhere in Canada.[272]

---

270. *Supra*, note 145 and accompanying text at 36-7.

271. See the discussion in *R.* v. *Squires*, *supra*, note 28 at 334. But see the Québec rules of practice on this subject, *supra*, notes 149 and 150.

272. The Canadian Broadcasting Corporation has broadcast one criminal proceeding in Ontario from the accused's arrest until the end of trial. The broadcast, entitled "Lawyers — 'And You Shall be Heard'", was one of the first recipients of the Scales of Justice Award in 1986, sponsored jointly by the Canadian Bar Association and the Law Reform Commission of Canada.

Television broadcast of criminal proceedings is permitted now in over forty of the United States.[273] There is a variety of practices in those States. Some permit coverage of appellate courts only, some permit coverage only with the accused's consent, and some have express exceptions for trials of juveniles or sexual offences.[274] The United States Supreme Court ruled in 1981 in the case of *Chandler* v. *Florida*[275] that experimentation by individual States with non-consensual electronic coverage did not, in itself, deprive accused persons of a fair trial provided that adequate safeguards were in place. That ruling opened the way for other States to begin experiments. However, electronic coverage of American federal court proceedings is not permitted.[276] In essence, the law in the United States is that electronic broadcast of criminal proceedings does not offend the accused's right to a fair trial under the Sixth Amendment, but a prohibition on such coverage does not breach the First Amendment's protection of freedom of the press.

In Canada, there has only been one case which has ruled definitively on the media's freedom to broadcast court proceedings. In *R.* v. *Squires*, Vanek Prov.J. held that the limitations on electronic access to Ontario courts do not infringe the *Charter*'s protection of "freedom of the press and other media of communication."[277] He held, further, that even if the Ontario rule did offend that *Charter* freedom, it constituted a reasonable limit that was demonstrably justified in a free and democratic society.[278] In making the latter determination, the Court surveyed the voluminous evidence given by numerous witnesses as to the effects of electronic media coverage on participants in the criminal process. In sum, the Court's findings were that the televising of judicial proceedings has a tendency "to produce an adverse effect on court participants." This effect, in turn, "has a strong tendency to impact adversely on the fact-finding process and hence effect the results of the proceedings."[279] The Court considered the oral evidence of experienced defence counsel, prosecutors, judges and social scientists. In addition, Judge Vanek was referred to social science studies conducted in the United States on the impact of electronic media coverage on participants.[280] However, he found that these studies "were not carried out in accordance with any approved scientific methodology and are quite unreliable."[281] In other words, while certain experts in the United States are of the opinion that television coverage has an adverse impact on

---

273. For a well-documented survey of the law of electronic media coverage of legal proceedings in Canada and the United States see: Daniel J. Henry, "Electronic Public Access to Court: A Proposal for Its Implementation Today," in Anisman and Linden, eds, *supra*, note 8, 441 at 441; see also the discussion of the comparative law in *R.* v. *Squires*, *supra*, note 28 at 328-44. Our brief discussion is taken largely from these sources.

274. Henry, *ibid.*, Appendix 1 at 475, 479, 484 and 485 respectively.

275. 449 U.S. 560, 66 L. Ed. 2d 740, 101 S. Ct. 802 (1981). The ruling represented a departure from the Court's judgment in *Estes* v. *Texas*, 381 U.S. 532, (1965) in which television coverage of the accused's trial was held to have infringed his right to a fair trial.

276. See, for example, *U.S.* v. *Hastings*, 695 F. 2d 1278 (11th Cir. 1983).

277. *Supra*, note 28 at 345.

278. *Ibid.* at 369.

279. *Ibid.* at 360-2.

280. *Ibid.* at 358-9, 361.

281. *Ibid.* at 361.

witnesses, counsel, the judge or the jurors, it appears that no concrete social scientific evidence is available to confirm or refute those opinions.

This state of affairs and the great division of opinion on this issue[282] make it extremely difficult for the Commission to set forth a definitive recommendation. However, we believe that given the importance of the general presumption of openness, there is presently no basis for foreclosing the possibility of allowing electronic media access to criminal proceedings.[283] On the other hand, the risk of upsetting the fact-finding process by allowing total access prevents us from recommending that the present barriers be lifted completely.

RECOMMENDATION

Electronic Media Coverage

23. (1) Electronic media coverage should be permitted in relation to appeals in criminal cases.

(2) Use of audio recorders should be permitted in criminal proceedings as a substitute for, or in addition to, handwritten notes.

(3) A national experiment with electronic media coverage of criminal trials should be conducted with a view to studying comprehensively the impact of the presence of video and still cameras and audio recorders on witnesses, counsel, judges and jurors.

Commentary

There is much speculation about whether the presence of television cameras affects the fact-finding process. There is no reason to suspect, in our opinion, that electronic media coverage of appeals would in any way interfere with those proceedings, so long as the court was able to maintain an atmosphere of decorum conducive to a proper hearing on the matters before it. Technology that is presently available would, we believe, allow appellate courts to proceed in a dignified fashion. Thus, in Recommendation 23(1), we suggest that there be no limit placed on electronic media coverage of criminal appeals. Where a publication ban is in force, the electronic media would, of course, be bound by it along with the other media.

Recommendation 23(2) suggests that use of audio recorders be permitted in criminal proceedings. Audio recorders constitute a means for ensuring the accuracy of

---

282. See, for example, Michel Proulx, "Comment: No Cameras Please," in Anisman and Linden, eds, *supra*, note 8, 491; Edward L. Greenspan, "Comment: Another Argument against Television in the Courtroom," *ibid.*, 497; P.S.A. Lamek, "Comment: A Middle Way," *ibid.*, 499; S.G. McD. Grange, "Justice and the System" (1985) 19 Law Society of Upper Canada Gazette 125.

283. Recently, the Canadian Bar Association–Ontario has recommended that greater public access to courts through electronic media coverage should be allowed: *Submission to Ontario Courts Inquiry* (1986), Recommendation 6.15, c. 6 at 28.

statements and testimony made in legal proceedings. A recent study revealed "a high level of serious error" was discovered in an analysis of quotations published by the print media in relation to the trial of Colin Thatcher.[284] Use of audio recorders was recommended by the study's author to improve this situation. Use of audio recorders in court by the media was also recommended by the New South Wales Law Reform Commission. It found that use of recorders did not constitute a nuisance or interfere with proceedings. That Commission recommended, however, that recordings be broadcast to the public only with leave of the court.[285] Audio recordings may be made of legal proceedings in the United Kingdom again only with leave of the court.[286] Recordings may not be broadcast. Our proposal would merely permit recorders to be used to obtain statements and testimony made in a criminal proceeding with complete accuracy. We do not recommend at this time that recordings be broadcast. Any recommendation regarding the broadcast of recorded proceedings should await the results of the experiment we propose in Recommendation 23(3). While it may seem incongruous to permit audio recorders to be used in criminal proceedings, but not to allow recordings to be broadcast, it is our view that any impact that the introduction of recorders would be likely to have on the process would relate to the participants' knowledge that their comments could ultimately be broadcast. This may result in nervousness or self-consciousness on their part which should be studied along with the impact of video recording and broadcasts.

Recommendation 23(3) reflects our hesitancy to make a definitive recommendation supporting or opposing blanket electronic media coverage. We believe that a meaningful decision on this issue can only follow a comprehensive study for a significant period of time in various parts of the country. The guidelines for the experiment would have to be generated in consultation with many groups, such as the Canadian Judicial Council,[287] the Canadian Bar Association, provincial law societies, Crown attorneys, law professors, the police and social scientists. Guidelines for the media have already been proposed by the Radio Television News Directors Association[288] and could form the basis for media activity during the experiment. Comparative studies of the effects of audio, as opposed to video, recording ought to form part of the experiment, as should a comparison of electronic with conventional media coverage. The data should be carefully analyzed by social science experts and the conclusions widely circulated.

---

284. Peter Calamai, "Discrepancies in News Quotes from the Colin Thatcher Trial," in N. Russell, ed., *Trials and Tribulations* [Monograph No. 1 in a series sponsored by the School of Journalism and Communications, University of Regina] (Regina: Univ. of Regina, 1986).

285. *Sound Recording of Proceedings of Courts and Commissions: The Media, Authors and Parties* [Community Law Reform Program — Fourth Report] (Sydney: NSWLRC, 1983), Recommendations 5.16 and 5.17 at 76-7. Our proposal in Recommendation 23(2) is similar to the New South Wales Recommendation 5.16.

286. *Contempt of Court Act, 1981* (U.K.), 1981, c. 49, s. 9(1).

287. The Council, it should be noted, previously resolved that "television should not be allowed in court proceedings." See Henry, in Anisman and Linden, eds, *supra*, note 8 at 461-2.

288. *Ibid.*, Appendix 2 at 487. Guidelines have also been proposed by the Canadian Bar Association–Ontario in its submission to the Ontario Courts Inquiry. See also *supra*, note 283, Chapter 6, Appendix B, App. 1.

In the absence of clear evidence that electronic media coverage has a significantly greater impact on participants than present media activity, electronic media should be given access to criminal trials on the same footing as other media.

Technology now permits unobtrusive audio or video recording. No special lighting is required; sound can be transmitted through the courts' own sound recording system; only one video camera is necessary to serve all media outlets. The effectiveness of the present technology has been borne out in electronic media coverage of the Royal Commission of Inquiry into Certain Deaths at Hospital for Sick Children and Related Matters (the Grange Commission). Both the Commission's counsel[289] and its Commissioner[290] have been persuaded, after months of experience with intensive electronic media activity, that the media's presence had no adverse impact. Rather, according to Justice Grange, the introduction of televison into courtrooms would perform a valuable public benefit:

> I do not want [television] in all courts at all times. I do, however, think it should be tried in some courts at some times under controlled conditions. The reason is simple. The public must know what goes on in our courts and the only way they can get a proper conception is the way they get their conception of all our institutions, i.e. through television. And the ignorance of the public of our system and the way it runs (as opposed to some other system or some totally imaginary systems) is appalling.[291]

We concur with this opinion in principle. However, doubts about the impact of electronic media coverage on the trial process will always linger in the absence of a satisfactory empirical study. This study should, therefore, precede the introduction of electronic media on a scale beyond what is now permitted.

---

289. Lamek, in Anisman and Linden, eds, *supra*, note 8 states at 499 that "the unobtrusive presence of cameras did not disrupt the proceedings in any way — indeed, we had more disruption from press photographers with still cameras — and did not to any discernible degree influence the behaviour of any of the participants in the hearings."

290. Mr. Justice Grange states, *supra*, note 282 at 128: "Counsel, while still I'm afraid a little on the long-winded side, have generally been better behaved and the witnesses don't seem to be affected at all. And on the very good side, the judge is much less likely to pontificate or to fall asleep."

291. *Supra* at 127.

CHAPTER FOUR

Summary of Recommendations

Arrangement of Statutory Provisions

1. Provisions relating to public access to the criminal process should be set out in a separate chapter of the *Criminal Code*.

Presumption in Favour of Openness

2. The *Criminal Code* should provide, subject only to specific limitations set out in these recommendations: that all criminal proceedings involving the exercise of judicial powers be conducted in public; that public access to court documents relating to those proceedings be allowed; and that all communication about those proceedings and documents be permitted.

Automatic Publication Bans

3. No automatic publication bans should remain in the *Criminal Code*.

Public Morals

4. No person should be excluded from criminal proceedings and no publication bans should be imposed on the grounds of protecting public morals.

Discretionary Powers

5. (1) Any provision in the *Criminal Code* which allows a court to limit public access in its discretion should be drafted as narrowly as possible to give recognition to the specific superordinate interests that it seeks to protect, while intruding as little as possible on the openness of the criminal process.

(2) A court should exercise its discretionary powers to limit access only where necessary to protect the specific superordinate interests at stake, and in doing so, should confine its order to the duration and scope required by the circumstances.

(3) An order excluding the public or imposing a publication ban should be based on clear evidence of harm or potential harm and should ordinarily be accompanied by reasons.

General Power to Exclude the Public

6. (1) A court may exclude all or any members of the public from all or part of a criminal proceeding where:

(a) it is necessary to obtain the testimony of a child or young person who is a witness in the proceeding;

(b) it is necessary to maintain order;

(c) it is necessary to prevent disclosure of matters obscured or sealed from public view or to which the public does not have access; or

(d) a hearing is held to determine the admissibility of evidence concerning the sexual activity of a complainant in a sexual offence.

(2) A court may exclude young persons in attendance at a criminal proceeding when any information is being presented to the court, the knowledge of which may be seriously injurious or seriously prejudicial to them.

(3) Where a court proceeds in the absence of the public, it should communicate the nature and result of the closed proceedings in open court at the earliest reasonable opportunity; where the closed proceedings take place in the absence of the jury, it should do so before empanelling or recalling the jury.

(4) A court should proceed in the absence of the public only where an available publication ban would not be adequate in the circumstances.

General Publication Bans

7. (1) After a charge has been laid in relation to a crime mentioned in section 246.4 of the *Criminal Code*, no one may publish or broadcast the name of, or other information, including the name of the accused, which serves to identify:

(a) a complainant or victim of the crime, unless the person consents; or

(b) a child or young person who is a victim of, or a witness in respect of, the crime.

(2) After a charge has been laid, no one may publish or broadcast the name of, or other information serving to identify, a confidential informant in the proceedings, unless the person consents.

(3) A court may, upon application, make an order prohibiting publication or broadcast of the name of, or other information serving to identify, a victim or witness where identification would pose a risk to that person's safety.

(4) A court may terminate a publication ban under (1), (2) or (3) upon application by the accused where the ban would jeopardize the accused's right to full answer and defence.

[*Optional Recommendation — Protection of Identities*

(5) A court may, upon application by an accused, a victim or a witness, make an order prohibiting publication or broadcast of the name of, or other information serving to identify, the applicant in exceptional circumstances where identification would result in substantial and extraordinary harm to the applicant or others and the public interest in the applicant's identity is minimal.

(6) In making an order under (5) in relation to an accused person, the court should consider:

(a) the nature and severity of the crime, including whether the crime involves violence, loss of property or breach of public trust;

(b) whether the effect of identification would be disproportionate to the crime itself, or impair the possibility of treatment or rehabilitation;

(c) evidence of good character, including the absence of a prior criminal record with respect to related crimes;

(d) the need for effective law enforcement in the community;

(e) whether publication of the person's identity would promote deterrence of similar criminal activity.

(7) A publication ban on an applicant's identity should expire:

(a) upon a court order, or

(b) in addition, in relation to an accused, upon conviction.]

Special Provisions for Closed Proceedings

8. Where a criminal proceeding takes place in the absence of the public, the court may:

(a) admit members of the public who are engaged in *bona fide* research into the operation of the criminal process on appropriate terms and conditions; or

(b) limit public access to any transcript of the proceeding the disclosure of which would frustrate the purpose for which the proceeding was closed.

Electronic Surveillance

9. (1) A judge should receive an application for an authorization to intercept a private conversation or a renewal of an authorization in the absence of the public.

(2) The packet containing all documents relating to an application should be sealed and should not be opened except by court order or as authorized by rules of disclosure to accused persons and others who have been the objects of interceptions.

(3) Everyone may examine an authorization, a renewal or a certificate of notice after:

(a) the accused has received notice of the prosecution's intention to introduce an intercepted private conversation into evidence and has consented to disclosure;

(b) the object of an interception has received notice of the interception and has consented to disclosure; or

(c) it has been introduced as evidence in a legal proceeding.

(4) The entire contents of an authorization, a renewal or a certificate of notice may be published or broadcast and accordingly the current provisions of the *Criminal Code* prohibiting disclosure of the existence of an intercepted private conversation should be amended.

(5) A judge who receives an application for, or who previously granted, an authorization or renewal may, if requested, obscure with a cypher matters contained in the authorization, renewal, or documents relating to the application which, if disclosed, would

(a) frustrate an ongoing police investigation, or

(b) pose a risk to the safety of any person.

(6) Any obscured matters may be revealed in order for the accused to make full answer and defence by a judge who:

(a) reviews the validity of an authorization, a renewal or a decision to obscure matters contained in the authorization, renewal or documents relating to an application for an authorization or renewal; or

(b) hears an application to exclude evidence obtained by means of the interception of a private conversation on the basis of a substantive defect in the application for the authorization or renewal.

Search Warrants

10. (1) A justice should receive an application for a search warrant in the absence of the public.

(2) Everyone may examine a search warrant and its supporting information after the warrant has been executed.

(3) The entire contents of a search warrant and its supporting information may be published or broadcast.

(4) A justice who receives an application for, or who previously issued, a search warrant may, if requested by the applicant, obscure with a cypher:

(a) any telephone number appearing on a search warrant or its supporting information if disclosure of the telephone number would be likely to reveal the existence of electronic surveillance activities; or

(b) the name of, or other information serving to identify, an informant appearing on a search warrant or its supporting information if that person's safety would otherwise be jeopardized.

(5) A justice who receives an application for, or who previously issued, a search warrant may if requested deny public access to the warrant or its supporting information until introduced as evidence in a legal proceeding where disclosure of their contents would:

(a) frustrate an ongoing police investigation, or

(b) pose a risk to the safety of any person

and an order obscuring matters contained in the warrant or supporting information would not be adequate in the circumstances.

(6) A judge who reviews the validity of a search warrant or a decision to obscure matters contained in the warrant or its supporting information may reveal any obscured matters if necessary for the accused to make full answer and defence.

Disposition of Seized Property

11. (1) Any hearings at which determinations are made governing the disposition of seized property should be open to the public, subject only to subsection 444.1(10) of the *Criminal Code*, which requires that hearings to determine the disposition of documents seized from a lawyer be held in private if a claim of solicitor–client privilege has been made.

(2) Everyone has the right to examine inventories of seized property and post-search and post-seizure reports.

(3) The entire contents of inventories of seized property and post-search and post-seizure reports may be published or broadcast.

Charge Documents

12. (1) A justice who receives an information may do so in the absence of the public.

(2) Everyone has the right to examine:

(a) an information, once laid, and

(b) an indictment, once preferred.

(3) The entire contents of informations and indictments may be published or broadcast.

Issuance of Process

13. (1) A justice should receive an application for the issuance of process to compel the appearance or secure the arrest of an accused or a witness in the absence of the public.

(2) Everyone has the right to examine:

(a) a subpoena,

(b) an appearance notice,

(c) a promise to appear,

(d) a recognizance, whether entered before a peace officer or a justice,

(e) a summons,

(f) an undertaking entered before a justice, or

(g) a warrant for arrest once executed.

(3) Documents set out in Recommendation 13(2) may be published or broadcast in their entirety.

Judicial Interim Release Hearings

14. (1) Judicial interim release hearings should be held in public.

(2) A justice may prohibit the publication or broadcast of:

(a) evidence tendered, representations made or reasons given at a judicial interim release hearing if, having given consideration to other procedures for protecting the fairness of a subsequent trial, such as an adjournment of trial proceedings, the process of selecting and instructing jurors, or a change of trial venue, the justice is satisfied that these other procedures would not be adequate in the circumstances;

(b) any notice given, evidence taken, information given or representations made at a hearing to determine the admissibility of evidence concerning the sexual activity of a complainant in a sexual offence.

(3) A publication ban imposed under Recommendation 14(2)(a) should expire:

(a) upon discharge of the accused at a preliminary inquiry,

(b) upon conviction or acquittal of the accused at trial, or

(c) upon the entering of a stay of proceedings.

(4) This recommendation should apply to reviews of decisions or orders made at judicial interim release hearings.

Preliminary Inquiries

15. Recommendation 14 should apply, with the necessary modifications, to preliminary inquiries.

Pretrial Motions and Applications

16. (1) Pretrial motions and applications should be held in public.

(2) The publication bans available at a judicial interim release hearing or preliminary inquiry should apply, with the necessary modifications, to pretrial motions and applications.

Pre-hearing Conferences

17. Pre-hearing conferences should take place in the absence of the public.

Criminal Trials

18. (1) Criminal trials should be open to the public.

(2) A court may prohibit publication or broadcast of any notice given, evidence taken, information given or representations made:

(a) at a hearing to determine the admissibility of evidence concerning the sexual activity of a complainant in a sexual offence; or

(b) during a portion of the trial at which the jury is not present, if the jury has not been sequestered, until the jury retires to consider its verdict.

Trials of Young Persons

19. In place of the power in paragraph 39(1)(*b*) of the *Young Offenders Act* to exclude members of the public, the relevant provisions of Recommendation 6 should be inserted.

Access to Exhibits

20. (1) Everyone may examine, photograph or make copies of exhibits admitted into evidence at a criminal proceeding, subject only to Recommendation 20(2).

(2) A court may, on the application of any person with an interest in an exhibit, make an order restricting access to the exhibit or limiting the ability of the public to photograph or make copies of the exhibit where necessary:

(a) to preserve the exhibit,

(b) to protect a proprietary interest in the exhibit, or

(c) to prevent disclosure of the private or confidential contents of the exhibit, unless

(i) the private or confidential contents of the exhibit are relevant to the proceeding in which it was introduced, or

(ii) the public interest requires disclosure.

(3) A publication ban imposed by a court applies to the related exhibits and their contents.

Motions and Applications during and after Trial

21. (1) Motions and applications made during or after a criminal trial should be held in public.

(2) The publication bans available at a criminal trial should apply with the necessary modifications to motions and applications made during or after a trial.

Appeals

22. (1) Appeals in criminal cases should be held in public.

(2) Everyone has the right to examine the file on appeal.

(3) Where a prohibition on publication is in force with respect to matters raised on the appeal, the appeal court should determine whether the public interest justifies continuation of the prohibition.

Electronic Media Coverage

23. (1) Electronic media coverage should be permitted in relation to appeals in criminal cases.

(2) Use of audio recorders should be permitted in criminal proceedings as a substitute for, or in addition to, handwritten notes.

(3) A national experiment with electronic media coverage of criminal trials should be conducted with a view to studying comprehensively the impact of the presence of video and still cameras and audio recorders on witnesses, counsel, judges and jurors.

APPENDIX

Restrictions on Public and Media Access

This Appendix is a comprehensive description of the restrictions referred to in this paper. It is not necessarily an exhaustive inventory of restrictions in the present criminal law.

Nature	*Source*
Application for wiretap authorization heard in absence of the public	*Criminal Code*, s. 178.12(1): An application for an authorization shall be made *ex parte* and in writing to a judge of a superior court of criminal jurisdiction, or a judge as defined in section 482 and shall be signed by the Attorney General of the province in which the application is made or the Solicitor General of Canada or an agent specially designated in writing for the purposes of this section ....
Documents relating to wiretap authorization sealed	*Criminal Code*, s. 178.14(1): All documents relating to an application made pursuant to section 178.12 or subsection 178.13(3) or 178.23(3) are confidential and, with the exception of the authorization, shall be placed in a packet and sealed by the judge to whom the application is made immediately upon determination of such application, and such packet shall be kept in the custody of the court in a place to which the public has no access or in such other place as the judge may authorize and shall not be (*a*) opened or the contents thereof removed except (i) for the purpose of dealing with an application for renewal of the authorization, or (ii) pursuant to an order of a judge of a superior court of criminal jurisdiction or a judge as defined in section 482; and (*b*) destroyed except pursuant to an order of a judge referred to in subparagraph (*a*)(ii).
Prohibition on disclosing existence or contents of an intercepted conversation	*Criminal Code*, s. 178.2(1): Where a private communication has been intercepted by means of an electromagnetic, acoustic, mechanical or other device without the consent, express or implied, of the

originator thereof or of the person intended by the originator thereof to receive it, every one who, without the express consent of the originator thereof or of the person intended by the originator thereof to receive it, wilfully

(*a*) uses or discloses such private communication or any part thereof or the substance, meaning or purport thereof or of any part thereof, or

(*b*) discloses the existence thereof,

is guilty of an indictable offence and liable to imprisonment for two years.

Application for search warrant heard in absence of the public

A.G. of Nova Scotia v. *MacIntyre* (see *supra*, note 71).

Access to warrant documents only after search executed and something found

A.G. of Nova Scotia v. *MacIntyre* (see *supra*, note 71).

Prohibition on publishing location of search and identity of occupants and suspects

Criminal Code, s. 443.2(1):

Where a search warrant is issued under section 443 or 443.1 or a search is made under such a warrant, every one who publishes in any newspaper or broadcasts any information with respect to

(*a*) the location of the place searched or to be searched, or

(*b*) the identity of any person who is or appears to occupy or be in possession or control of that place or who is suspected of being involved in any offence in relation to which the warrant was issued,

without the consent of every person referred to in paragraph (*b*) is, unless a charge has been laid in respect of any offence in relation to which the warrant was issued, guilty of an offence punishable on summary conviction.

Hearings to determine the disposition of documents seized from a lawyer held in private

Criminal Code, s. 444.1(10):

An application under paragraph (3)(*c*) shall be heard in private.

Prohibition on publishing evidence, representations, reasons, etc. at a bail hearing

Criminal Code, s. 457.2(1):

Where the prosecutor or the accused intends to show cause under section 457, he shall so state to the justice and the justice may, and shall upon application by the accused, before or at any time during the course of the proceedings under that section, make an order directing that the evidence taken, the information given or the representations made and the reasons, if any, given or to be given by the justice shall not be published in any newspaper or broadcast before such time as

(*a*) if a preliminary inquiry is held, the accused in respect of whom the proceedings are held is discharged, or

(*b*) if the accused in respect of whom the proceedings are held is tried or ordered to stand trial, the trial is ended.

Exclusion of public from a preliminary inquiry

Criminal Code, s. 465(1)(*j*):

A justice acting under this Part may

...

(*j*) order that no person other than the prosecutor, the accused and their counsel shall have access to or remain in the room in which the inquiry is held, where it appears to him that the ends of justice will be best served by so doing ....

Prohibition on publishing evidence tendered at a preliminary inquiry

Criminal Code, s. 467(1):

Prior to the commencement of the taking of evidence at a preliminary inquiry, the justice holding the inquiry

(*a*) may, if application therefor is made by the prosecutor, and

(*b*) shall, if application therefor is made by any of the accused,

make an order directing that the evidence taken at the inquiry shall not be published in any newspaper or broadcast before such time as, in respect of each of the accused,

(*c*) he is discharged; or

(*d*) if he is ordered to stand trial, the trial is ended.

Prohibition on publishing confession tendered in evidence at a preliminary inquiry

Criminal Code, s. 470(2):

Every one who publishes in any newspaper, or broadcasts, a report that any admission or confession was tendered in evidence at a preliminary inquiry or a report of the nature of such admission or confession so tendered in evidence unless

(*a*) the accused has been discharged, or

(*b*) if the accused has been ordered to stand trial, the trial has ended,

is guilty of an offence punishable on summary conviction.

Exclusion of the public from any proceedings against an accused

Criminal Code, s. 442(1):

Any proceedings against an accused shall be held in open court, but where the presiding judge, provincial court judge or justice, as the case may be, is of the opinion that it is in the interest of public morals, the maintenance of order or the proper administration of justice to exclude all or any members of the public from the court room for all or part of the proceedings, he may so order.

Prohibition on publishing exhibits tendered in a criminal proceeding

R. v. *Thomson Newspapers* (See *supra*, note 120).

Lortie v. *R.* (see *supra*, note 124).

Prohibition on disclosing application for a change of venue	*Re Southam Inc. and R. (No. 2)* (see *supra*, note 126).
Prohibition on publishing *voir dire* proceedings in a jury trial	*Criminal Code*, s. 576.1(1): Where permission to separate is given to members of a jury under subsection 576(1), no information regarding any portion of the trial at which the jury is not present shall be published, after the permission is granted, in any newspaper or broadcast before the jury retires to consider its verdict.
Prohibition on publishing identities of blackmail victims	*Toronto Sun Publishing Corp.* v. *A.G. Alta.* (see *supra*, note 128). *R.* v. *Socialist Worker Printers and Publishers Ltd.* (see *supra*, note 129).
Prohibition on identifying prisoners who give evidence in a criminal proceeding	*R.* v. *McArthur* (see *supra*, note 136).
Prohibition on identifying accused in a sexual offence	*R.* v. *R.* (see *supra*, note 140).
Prohibition on identifying police informers	*Bisaillon* v. *Keable* (see *supra*, note 135).
Prohibition on publishing identity of complainant in a sexual offence	*Criminal Code*, s. 442(3): Where an accused is charged with an offence mentioned in section 246.4, the presiding judge, provincial court judge or justice may, or if application is made by the complainant or prosecutor, shall, make an order directing that the identity of the complainant and any information that could disclose the identity of the complainant shall not be published in any newspaper or broadcast.
Exclusion of public from *voir dire* into admissibility of complainant's sexual history	*Criminal Code*, s. 246.6(3): No evidence is admissible under subsection (1) unless the judge, provincial court judge or justice, after holding a hearing in which the jury and the members of the public are excluded and in which the complainant is not a compellable witness, is satisfied that the requirements of this section are met.
Prohibition on publication of *voir dire* proceedings into admissibility of complainant's sexual history	*Criminal Code*, s. 246.6(4): The notice given under subsection (2) and the evidence taken, the information given or the representations made at a hearing referred to in subsection (3) shall not be published in any newspaper or broadcast.

Prohibition on publishing indecent matter in judicial proceedings

Criminal Code, s. 162(1)(*a*):

A proprietor, editor, master printer or publisher commits an offence who prints or publishes

(*a*) in relation to any judicial proceedings any indecent matter or indecent medical, surgical or physiological details, being matter or details that, if published, are calculated to injure public morals ....

Prohibition on electronic media coverage of criminal proceedings

Courts of Justice Act, 1984, S.O. 1984, c. 11, s. 146(1):

Subject to subsections (2) and (3), no person shall,

(a) take or attempt to take a photograph, motion picture, audio recording or other record capable of producing visual or aural representations by electronic means or otherwise,

(i) at a court hearing,

(ii) of any person entering or leaving the room in which a court hearing is to be or has been convened, or

(iii) of any person in the building in which a court hearing is to be or has been convened where there is reasonable ground for believing that the person is there for the purpose of attending or leaving the hearing; or

(b) publish, broadcast, reproduce or otherwise disseminate a photograph, motion picture, audio recording or record taken in contravention of clause (*a*).

Sessions Court Rules, s. 30 (see *supra*, note 149):

The reading of newspapers, the taking of photographs, sketching, cinematography and radio and television broadcasting are prohibited in Court.

Superior Court Rules, s. 5 (see *supra*, note 150):

Anything that interferes with the decorum and good order of the court is forbidden.

The reading of newspapers, the practice of photography, cinematography, broadcasting or television are equally prohibited during the sittings of the Court.

Exclusion of public from trial of a young person

Young Offenders Act, S.C. 1980-81-82-83, c. 110, s. 39(1):

Subject to subsection (2), where a court or justice before whom proceedings are carried out under this Act is of the opinion

(a) that any evidence or information presented to the court or justice would be seriously injurious or seriously prejudicial to

(i) the young person who is being dealt with in the proceedings,

(ii) a child or young person who is a witness in the proceedings,

(iii) a child or young person who is aggrieved by or the victim of the offence charged in the proceedings, or

(b) that it would be in the interest of public morals, the maintenance of order or the proper administration of justice to exclude any or all members of the public from the court room,

the court or justice may exclude any person from all or part of the proceedings if the court or justice deems that person's presence to be unnecessary to the conduct of the proceedings.

Prohibition on identification of young accused, victims or witnesses

Young Offenders Act, S.C. 1980-81-82-83, c. 110, s. 38(1):

Subject to this section, no person shall publish by any means any report

(*a*) of an offence committed or alleged to have been committed by a young person, unless an order has been made under section 16 with respect thereto, or

(*b*) of a hearing, adjudication, disposition or appeal concerning a young person who committed or is alleged to have committed an offence

in which the name of the young person, a child or a young person who is a victim of the offence or a child or a young person who appeared as a witness in connection with the offence, or in which any information serving to identify such young person or child, is disclosed.

DROIT PÉNAL

l'accès du public et des médias au processus pénal

Document de travail 56

Canada

Rapports et documents de travail de la Commission de réforme du droit du Canada

Rapports au Parlement

1. *La preuve* (19 déc. 1975)
2. *Principes directeurs — Sentences et mesures non sentencielles dans le processus pénal** (6 fév. 1976)
3. *Notre droit pénal* (25 mars 1976)
4. *L'expropriation** (8 avril 1976)
5. *Le désordre mental dans le processus pénal** (13 avril 1976)
6. *Le droit de la famille** (4 mai 1976)
7. *L'observance du dimanche** (19 mai 1976)
8. *La saisie des rémunérations versées par la Couronne du chef du Canada** (19 déc. 1977)
9. *Procédure pénale — Première partie : amendements divers** (23 fév. 1978)
10. *Les infractions sexuelles** (29 nov. 1978)
11. *Le chèque* (8 mars 1979)
12. *Le vol et la fraude** (16 mars 1979)
13. *Les commissions consultatives et les commissions d'enquête* (18 avril 1980)
14. *Le contrôle judiciaire et la Cour fédérale** (25 avril 1980)
15. *Les critères de détermination de la mort** (8 avril 1981)
16. *Le jury* (28 juill. 1982)
17. *L'outrage au tribunal** (18 août 1982)
18. *L'obtention de motifs avant la formation d'un recours judiciaire — Commission d'appel de l'immigration* (16 déc. 1982)
19. *Le mandat de main-forte et le télémandat* (22 juill. 1983)
20. *Euthanasie, aide au suicide et interruption de traitement** (11 oct. 1983)
21. *Les méthodes d'investigation scientifiques : l'alcool, la drogue et la conduite des véhicules** (10 nov. 1983)
22. *La communication de la preuve par la poursuite* (15 juin 1984)
23. *L'interrogatoire des suspects* (19 nov. 1984)
24. *Les fouilles, les perquisitions et les saisies* (22 mars 1985)
25. *Les techniques d'investigation policière et les droits de la personne* (12 juin 1985)
26. *Les organismes administratifs autonomes* (23 oct. 1985)
27. *La façon de disposer des choses saisies* (24 avril 1986)
28. *Quelques aspects du traitement médical et le droit pénal* (12 juin 1986)
29. *L'arrestation* (6 nov. 1986)
30. *Pour une nouvelle codification du droit pénal*, vol. 1 (3 déc. 1986)

Documents de travail

1. *Le tribunal de la famille** (1974)
2. *La notion de blâme — La responsabilité stricte** (1974)
3. *Les principes de la détermination de la peine et du prononcé de la sentence** (1974)
4. *La communication de la preuve** (1974)
5. *Le dédommagement et l'indemnisation** (1974)
6. *L'amende** (1974)
7. *La déjudiciarisation** (1975)
8. *Les biens des époux** (1975)
9. *Expropriation** (1975)
10. *Les confins du droit pénal : leur détermination à partir de l'obscénité** (1975)
11. *Emprisonnement — Libération** (1975)
12. *Les divorcés et leur soutien** (1975)
13. *Le divorce** (1975)
14. *Processus pénal et désordre mental** (1975)
15. *Les poursuites pénales : responsabilité politique ou judiciaire** (1975)
16. *Responsabilité pénale et conduite collective** (1976)
17. *Les commissions d'enquête — Une nouvelle loi** (1977)
18. *La Cour fédérale — Contrôle judiciaire** (1977)
19. *Le vol et la fraude — Les infractions* (1977)
20. *L'outrage au tribunal — Infractions contre l'administration de la justice** (1977)
21. *Les paiements par virement de crédit* (1978)
22. *Infractions sexuelles** (1978)
23. *Les critères de détermination de la mort** (1979)
24. *La stérilisation et les personnes souffrant de handicaps mentaux** (1979)
25. *Les organismes administratifs autonomes** (1980)
26. *Le traitement médical et le droit criminel** (1980)
27. *Le jury en droit pénal** (1980)
28. *Euthanasie, aide au suicide et interruption de traitement** (1982)
29. *Partie générale : responsabilité et moyens de défense* (1982)
30. *Les pouvoirs de la police : les fouilles, les perquisitions et les saisies en droit pénal** (1983)
31. *Les dommages aux biens — Le vandalisme* (1984)
32. *L'interrogatoire des suspects* (1984)
33. *L'homicide* (1984)
34. *Les méthodes d'investigation scientifiques* (1984)
35. *Le libelle diffamatoire* (1984)
36. *Les dommages aux biens — Le crime d'incendie* (1984)
37. *La juridiction extra-territoriale* (1984)
38. *Les voies de fait* (1984)
39. *Les procédures postérieures à la saisie* (1985)
40. *Le statut juridique de l'Administration fédérale** (1985)
41. *L'arrestation* (1985)
42. *La bigamie* (1985)
43. *Les techniques de modification du comportement et le droit pénal* (1985)
44. *Les crimes contre l'environnement* (1985)
45. *La responsabilité secondaire* (1985)
46. *L'omission, la négligence et la mise en danger* (1985)
47. *La surveillance électronique* (1986)
48. *L'intrusion criminelle* (1986)
49. *Les crimes contre l'État* (1986)
50. *La propagande haineuse* (1986)
51. *Droit, objectifs publics et observation des normes* (1986)
52. *Les poursuites privées* (1986)
53. *La pollution en milieu de travail* (1986)
54. *La classification des infractions* (1986)
55. *Le document d'inculpation* (1987)

La Commission a également publié au-delà de soixante-dix documents d'étude portant sur divers aspects du droit. Pour obtenir le catalogue des publications, écrire à : Commission de réforme du droit du Canada, 130 rue Albert, Ottawa (Ontario) K1A 0L6, ou Bureau 310, Place du Canada, Montréal (Québec) H3B 2N2.

---

* Ces documents sont épuisés mais ils peuvent être consultés dans de nombreuses bibliothèques.

L'ACCÈS DU PUBLIC ET DES MÉDIAS AU PROCESSUS PÉNAL

On peut obtenir ce document gratuitement en écrivant à :

Commission de réforme du droit du Canada
130, rue Albert, 7e étage
Ottawa, Canada
K1A 0L6

ou

Bureau 310
Place du Canada
Montréal (Québec)
H3B 2N2

© Commission de réforme du droit du Canada 1987
N° de catalogue J32-1/56-1987
ISBN 0-662-55116-8

Commission de réforme
du droit du Canada

Document de travail 56

L'ACCÈS DU PUBLIC ET DES MÉDIAS AU PROCESSUS PÉNAL

1987

Avis

Ce document de travail présente l'opinion de la Commission à l'heure actuelle. Son opinion définitive sera exprimée dans le rapport qu'elle présentera au ministre de la Justice et au Parlement, après avoir pris connaissance des commentaires faits dans l'intervalle par le public. Ce rapport constituera une partie de son nouveau Code de procédure pénale.

La Commission invite les membres de la magistrature, les membres des assemblées législatives, les avocats, les journalistes et le public en général à lui faire part de leurs commentaires, et à les faire parvenir à l'adresse suivante :

Secrétaire
Commission de réforme du droit du Canada
130, rue Albert
Ottawa, Canada
K1A 0L6

La Commission

M. le juge Allen M. Linden, président
Me Gilles Létourneau, vice-président
Me Joseph Maingot, c.r., commissaire
Me John Frecker, commissaire

Secrétaire

François Handfield, B.A., LL.L.

Coordonnateur de la section de recherche en procédure pénale

Stanley A. Cohen, B.A., LL.B., LL.M.

Conseiller principal

James W. O'Reilly, B.A. (Hons.), LL.B.

Table des matières

REMERCIEMENTS 1

INTRODUCTION 3

CHAPITRE UN : La notion de transparence 5

I. La transparence en tant que vertu démocratique 5
II. Le rôle des médias 10
III. La transparence dans l'administration de la justice pénale 15
IV. Les valeurs divergentes 19

CHAPITRE DEUX : Les règles du droit actuelles 23

I. La limitation du principe de la transparence 23
II. La synthèse des règles du droit canadien 26
A. Les procédures préalables au procès 26
B. Le procès pénal 33
C. Les adolescents 41

CHAPITRE TROIS : La réforme des règles du droit actuelles 45

I. La nécessité d'une réforme 45
II. Recommandations et commentaires 47
A. Généralités 47
RECOMMANDATION 1 — Le regroupement des dispositions de la loi 47
RECOMMANDATION 2 — La présomption de transparence 48
RECOMMANDATION 3 — L'interdiction obligatoire de publication 49
RECOMMANDATION 4 — La moralité publique 50
RECOMMANDATION 5 — Les pouvoirs discrétionnaires 51
RECOMMANDATION 6 — Le pouvoir général d'exclure le public 52
RECOMMANDATION 7 — L'interdiction générale de publication 55
RECOMMANDATION 8 — Les dispositions spéciales visant les procédures dont le public est exclu 63
B. Les procédures préalables au procès 64
RECOMMANDATION 9 — La surveillance électronique 66

RECOMMANDATION 10 — Le mandat de perquisition 71
RECOMMANDATION 11 — La façon de disposer des choses saisies 79
RECOMMANDATION 12 — Le document d'inculpation 80
RECOMMANDATION 13 — La délivrance des documents visant à assurer la comparution ou l'arrestation ... 82
RECOMMANDATION 14 — L'audience relative à la mise en liberté provisoire par voie judiciaire 83
RECOMMANDATION 15 — L'enquête préliminaire 84
RECOMMANDATION 16 — Les requêtes et demandes préalables au procès 89
RECOMMANDATION 17 — La conférence préparatoire 90
C. Le procès proprement dit et l'appel 92
RECOMMANDATION 18 — Le procès proprement dit 92
RECOMMANDATION 19 — Le procès des jeunes contrevenants 93
RECOMMANDATION 20 — L'accès aux pièces 94
RECOMMANDATION 21 — Les requêtes et demandes présentées pendant et après le procès 96
RECOMMANDATION 22 — L'appel 97
D. La couverture par les médias électroniques 98
RECOMMANDATION 23 — La couverture par les médias électroniques 100

CHAPITRE QUATRE : Sommaire des recommandations 105

ANNEXE : Limitation de l'accès du public et des médias 115

Remerciements

Au cours de la préparation du présent document de travail, la Commission a demandé conseil à ses comités consultatifs habituels ainsi qu'aux personnes dont les noms suivent, qui s'intéressent à la question de l'accès du public et des médias au processus pénal et qui sont compétentes en la matière. Nous leur sommes reconnaissants pour le temps et les efforts qu'elles ont consacrés à la lecture des différentes versions du présent document, à la présentation des commentaires par écrit et à des réunions que nous avons tenues pour discuter avec elles de façons de l'améliorer. Les recommandations provisoires contenues dans ce document sont bien entendu celles de la Commission et les personnes consultées n'y souscrivent pas nécessairement.

Philip Anisman, Goodman et Carr, Toronto
Alan Borovoy, Association canadienne des libertés civiles, Toronto
Bert Bruser, Blake, Cassels & Graydon, Toronto
Peter Calamai, Southam News, Ottawa
June Callwood, *The Globe and Mail*, Toronto
Tony Cox, directeur des informations, CHEK-TV, Victoria
Murdoch Davis, rédacteur en chef adjoint, *The Citizen*, Ottawa
M. le juge Charles Dubin, Cour d'appel de l'Ontario, Toronto
John Foy, président, Association canadienne des éditeurs de quotidiens, Toronto
Raymond Giroux, *Le Soleil*, Québec
Edward L. Greenspan, c.r., Greenspan & Rosenberg, Toronto
Ron Haggart, R.-C., «The Fifth Estate», Toronto
Patrick A. Harden, éditeur, *The Edmonton Sun*, Edmonton
Daniel S. Henry, conseiller juridique, R.-C., Toronto
Casey Hill, ministère du Procureur général, Toronto
David Lepofsky, ministère du Procureur général, Toronto
Harold Levy, *Toronto Star*, Toronto
Thompson MacDonald, directeur des informations, CFCN-TV, Calgary
Lynden MacIntyre, R.-C., «The Journal», Toronto
Robert Martin, professeur, faculté de droit, University of Western Ontario
J. Patrick O'Callaghan, éditeur, *Calgary Herald*, Calgary
Michel Proulx, Proulx, Barot & Masson, Montréal
Jim Reed, CTV, «W5», Toronto
Stuart M. Robertson*, Blake, Cassels & Graydon, Toronto
Clayton Ruby, Ruby & Edwardh, Toronto
Vicki Russell, R.-C., «The National», Toronto
David W. Scott, Scott & Aylen, Ottawa
James K. Struthers, directeur général adjoint, *The Leader-Post*, Regina
Bodine Williams, CTV News, Toronto
Arthur E. Wood, éditeur et directeur général, *Cambridge Daily Reporter*, Cambridge

*Nous remercions particulièrement M. Robertson pour l'organisation des consultations entre la Commission et des représentants de l'Association canadienne des éditeurs de quotidiens et de l'Association canadienne des directeurs de l'information en radio-télévision.

Introduction

La liberté d'expression est l'une de nos libertés les plus précieuses. Et pourtant, comme nous allons le montrer dans ce document, le *Code criminel*[1] actuel regorge de dispositions qui en limitent l'exercice (voir l'annexe, *infra*, p. 115). Dans certains cas, les interdictions de publication et les limitations apportées au droit du public d'assister aux procès criminels visent à protéger le droit de l'accusé à un procès équitable. Parfois ce sont les bonnes mœurs que l'on cherche à protéger par de telles restrictions. D'autres encore ont pour objet la protection des intérêts de participants innocents au processus pénal, par exemple des témoins ou des victimes d'un crime. Dans le présent document de travail, notre propos est d'examiner les limitations apportées à la liberté de communiquer des renseignements sur le processus pénal et de déterminer l'opportunité, la cohérence et l'efficacité de ces limitations.

Tout en reconnaissant l'importance fondamentale de la liberté d'expression dans une société démocratique, nous n'avons pas négligé les autres intérêts que visent à protéger les limitations apportées à la liberté d'expression. Dans d'autres domaines du droit, par exemple en matière de libelle, de propagande haineuse, d'obscénité, nous acceptons ces limitations car elles servent à réaffirmer certaines valeurs sociales. À notre avis, il est parfois légitime d'apporter des restrictions similaires à la liberté d'expression dans le domaine qui nous occupe afin de protéger des valeurs importantes de la société. Nous croyons cependant qu'étant donné l'importance de cette liberté, il ne convient de la restreindre que dans les cas où il est nécessaire de protéger ces autres intérêts importants et uniquement dans cette mesure.

Dans le présent document, nous étudions les règles de droit actuelles qui régissent le droit du public et des médias d'assister aux procédures criminelles, d'examiner les documents relatifs au processus pénal et de communiquer à autrui les renseignements ainsi obtenus. Nous avons circonscrit notre sujet aux affaires pénales. Certes, les mêmes questions se posent souvent en matière civile et administrative, mais il nous apparaît particulièrement important d'étudier le problème de la transparence de la procédure criminelle afin de pouvoir intégrer nos recommandations à notre projet de code de procédure pénale. C'est pourquoi nous ne traiterons que de l'accès aux procédures criminelles, avant et pendant le procès et au cours de l'appel, ainsi que du compte rendu qui en est fait[2].

---

1. *Code criminel*, S.R.C. 1970, chap. C-34 [ci-après *Code criminel*].

2. Par conséquent, nous n'aborderons pas la question de l'accès à l'information relative à des affaires criminelles que peuvent contenir les dossiers de la police ou les banques de données du gouvernement. Ce sujet est régi par les lois fédérales et provinciales concernant la liberté de l'information : *Loi sur l'accès à l'information*, S.C. 1980-81-82-83, chap. 111, annexe I; *Loi sur la protection des renseignements personnels*, S.C. 1980-81-82-83, chap. 111, annexe II; et par exemple, *Loi sur l'accès aux documents des organismes publics et sur la protection des renseignements personnels*, L.R.Q., chap. A-2.1.

La Commission reconnaît depuis longtemps la nécessité d'un examen approfondi des questions relatives à l'accès et à la publicité en matière pénale. Dans notre rapport nº 10, intitulé *Les infractions sexuelles*, nous avons affirmé qu'il convenait d'étudier la question de l'établissement de l'identité de la victime et de l'accusé au regard des infractions sexuelles dans le contexte plus général de l'accès du public et de la publicité[3]. Dans notre rapport nº 24 ayant pour titre *Les fouilles, les perquisitions et les saisies*, nous avons recommandé qu'il soit désormais possible de restreindre la publication du contenu des mandats de perquisition dans le but de cacher l'identité des personnes innocentes[4]. Nous n'avons toutefois formulé aucune recommandation relative à l'accès du public et des médias dans notre rapport nº 27 intitulé *La façon de disposer des choses saisies*[5] en raison de la jurisprudence assez abondante qui s'est fait jour, depuis l'adoption de la *Charte canadienne des droits et libertés*[6], au sujet de la liberté de la presse, ainsi que de la controverse suscitée par l'adoption récente de l'interdiction de publication de certains renseignements concernant des perquisitions effectuées en vertu du *Code criminel*[7]. Nous reconsidérons ces questions dans le présent document de travail[8].

Nous n'entendons pas revoir tout le domaine de l'outrage au tribunal. La Commission a recommandé que soient codifiées[9] les infractions de common law dans son rapport nº 17 qui s'intitule *L'outrage au tribunal*[10] et elle s'emploie actuellement à étudier ce sujet en vue de rendre ces règles conformes à la Charte[11]. Nous n'abordons pas non plus les questions relatives au caractère secret des délibérations du jury et à la sélection du jury. La Commission a étudié ces questions dans son rapport nº 16 intitulé *Le jury*[12].

---

3. Commission de réforme du droit du Canada [ci-après CRDC], *Les infractions sexuelles* [Rapport nº 10], Ottawa, Approvisionnements et Services Canada, 1978, p. 37-39.
4. CRDC, *Les fouilles, les perquisitions et les saisies* [Rapport nº 24], Ottawa, Approvisionnements et Services Canada, 1984, p. 33-37.
5. CRDC, *La façon de disposer des choses saisies* [Rapport nº 27], Ottawa, CRDC, 1986, p. 19-20.
6. Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada*, (R.-U.) 1982, chap. 11 [ci-après Charte].
7. *Loi de 1985 modifiant le droit pénal*, S.C. 1985, chap. 19, art. 70, qui promulgue l'article 443.2 du *Code criminel* [ci-après *Loi de 1985 modifiant le droit pénal*].
8. L'importance de l'accès du public et des médias au processus judiciaire nous a amené à co-parrainer une conférence sur le sujet au Osgoode Hall Law School en mars 1985. Une grande variété de questions relatives au droit et au journalisme ont été débattues par des représentants éminents de ces professions. Dans une large mesure, l'intérêt manifesté par les participants et par ceux qui ont assisté à la conférence pour les questions relatives à l'accès du public en général nous a incité à entreprendre le présent document sur le processus pénal. Les communications présentées à la conférence et les commentaires qu'elles ont suscités ont été publiés : P. Anisman et A.M. Linden (éds), *The Media, the Courts and the Charter*, Toronto, Carswell, 1986.
9. Des modifications apportant une réponse à nos préoccupations ont été déposées devant le Parlement en 1984 mais il n'a pas été donné suite à ces propositions. Voir le projet de loi C-19, 2e session, 32e législature, 1983-1984 (première lecture le 7 février 1984).
10. CRDC, *L'outrage au tribunal* [Rapport nº 17], Ottawa, Approvisionnements et Services Canada, 1982. Voir aussi Australia, Law Reform Commission, *Contempt and the Media* [Discussion Paper 26], Sydney, GPO, 1986. On trouve dans cet ouvrage une étude récente de l'outrage au tribunal et des propositions de réforme sur la question.
11. Les recommandations de la Commission seront exposées dans le volume II du rapport nº 30 intitulé *Pour une nouvelle codification du droit pénal* qui paraîtra prochainement.
12. CRDC, *Le jury* [Rapport nº 16], Ottawa, Approvisionnements et Services Canada, 1982.

CHAPITRE UN

La notion de transparence

I. La transparence en tant que vertu démocratique

Notre examen des questions touchant l'accès du public et des médias au processus pénal s'inscrit dans un cadre philosophique général et fondamental. La possibilité pour le public d'obtenir des renseignements sur les tribunaux et la procédure criminels, directement ou par l'entremise des médias, ne représente qu'un aspect de la transparence de l'État dans l'ensemble. Pour connaître le processus pénal, il faut avant tout examiner l'action des fonctionnaires et la mise en application des lois votées par les représentants élus. Pour déterminer dans quelle mesure le public aura accès aux renseignements sur les procédures criminelles, il nous faut décider d'abord à quel point l'État devrait être transparent. Cette décision est fonction de l'importance de la transparence dans une société respectueuse des principes démocratiques.

Dans une société où règne la transparence, les citoyens peuvent s'informer sur les activités de leur gouvernement, communiquer ce qu'ils ont appris et se faire une opinion à partir des renseignements accessibles. Plus le gouvernement est transparent, plus les citoyens peuvent participer au processus démocratique. Les citoyens ne peuvent obtenir de l'information sur l'action du gouvernement que s'ils ont libre accès aux renseignements sur les fonctions de celui-ci. Au surplus, on ne saurait donner effet à l'obligation de rendre compte du gouvernement sans que les citoyens puissent faire un examen rigoureux de son activité. La transparence du gouvernement est donc un attribut essentiel d'une société démocratique. Pour se prononcer en connaissance de cause sur le type de gouvernement qu'ils veulent et ainsi exercer de façon judicieuse leur droit de vote, les citoyens doivent avoir accès au processus décisionnel du gouvernement et à l'information touchant l'activité de celui-ci.

L'accès du public et des médias au processus pénal est un corollaire nécessaire du principe général de la transparence. L'administration de la justice pénale est une fonction importante de l'État. Pour obtenir des renseignements sur la manière dont sont exercées ces attributions, les citoyens doivent avoir accès au processus lui-même ou aux renseignements sur celui-ci. Le public ne peut juger du bien-fondé des règles du droit pénal que s'il a accès aux procédures criminelles soit directement soit par l'intermédiaire de médias jouissant de la liberté d'expression. Par surcroît, la justice pénale peut être mise au service de la tyrannie. La transparence de l'administration de

la justice assure l'exercice responsable des pouvoirs extraordinaires mais nécessaires de l'État. L'opinion que nous nous faisons de la qualité des lois ainsi que de l'accomplissement des fonctions de ceux qui les font, les interprètent et les mettent en application, dépend de l'information que nous recevons. Le processus démocratique repose sur notre faculté de nous faire une opinion.

Sachant que notre étude de l'accès du public et des médias au processus pénal s'inscrit dans un contexte plus général, nous devons porter une attention toute particulière au but que vise l'accès au processus pénal, à sa contribution à la transparence de la société dans son ensemble, ainsi qu'à la mesure dans laquelle il sert les intérêts de la démocratie. Emerson qualifie ce contexte de [TRADUCTION] «système de liberté d'expression» et décrit l'intégration de ce système dans une société démocratique comme suit :

> [TRADUCTION]
> Un système de liberté d'expression, dans une société démocratique moderne, forme un mécanisme complexe. Au cœur de celui-ci se trouve un ensemble de droits garantis à chacun des membres de la société. Cet ensemble de droits, qui correspond à notre concept actuel de libre expression, englobe le droit de se faire une opinion et de proclamer ses convictions, ainsi que l'information par tout moyen — par la parole, par l'écrit, par la musique, par l'art ou d'autres façons. Dans une certaine mesure, il comporte le droit de garder le silence. D'un autre côté, il comprend le droit d'entendre le point de vue d'autrui et d'écouter sa version. Il inclut le droit de s'informer et, jusqu'à un certain point, le droit d'avoir accès à l'information. Comme corollaire nécessaire, il comprend le droit de s'assembler et de former des associations, c'est-à-dire de s'associer pour exprimer des vues communes[13].

Alexander Meiklejohn, l'un des principaux tenants de l'idée que la liberté de la presse et la liberté d'expression sont essentielles au processus démocratique, croyait que l'objet primordial du premier amendement à la Constitution américaine, qui garantit la liberté de parole et de presse[14], était de protéger le régime démocratique de gouvernement créé et garanti par la Constitution :

> [TRADUCTION]
> Le premier amendement n'est pas principalement un moyen de parvenir à la vérité, bien que cela soit très important. Ce qu'il vise, c'est le partage de la vérité qui est déjà connue. Son objet est de permettre à chaque électeur du corps politique de participer dans la mesure du possible à la compréhension des problèmes auxquels font face les citoyens d'une société autonome. Lorsqu'un homme libre exerce son droit de vote, il ne suffit pas qu'un tiers, un érudit ou un administrateur ou encore un législateur, connaisse la vérité. Tous les électeurs doivent la posséder. L'objectif primordial du premier amendement est donc que tous les citoyens, autant que possible, comprennent les questions qui influent sur notre vie commune. C'est pourquoi aucune idée, aucune opinion, aucun doute, aucune conviction, aucune conviction contraire, aucune information utile, ne doivent leur être cachés. Conformément

13. Thomas I. Emerson, *The System of Freedom of Expression*, New York, Random House, 1970, p. 3.

14. Voici le libellé du premier amendement : «Le Congrès ne pourra faire aucune loi concernant l'établissement d'une religion ou interdisant son libre exercice, restreignant la liberté de la parole ou de la presse, ou touchant au droit des citoyens de s'assembler paisiblement et d'adresser des pétitions au gouvernement pour le redressement de leurs griefs». [Traduction de Maurice Duverger, *Constitutions et documents politiques*, 8e éd., Paris, PUF, 1978.]

au pacte sur lequel repose la Constitution, il est entendu que les hommes ne doivent pas être gouvernés par d'autres mais se gouverner eux-mêmes[15].

Depuis John Milton, on retrouve dans les écrits des théoriciens de la démocratie libérale l'idée voulant que la liberté d'expression dans le domaine des affaires publiques est une caractéristique fondamentale de la démocratie[16]. Si, par l'amélioration du processus démocratique, la transparence comporte des avantages considérables pour la *société*, il importe néanmoins de reconnaître que les doctrines libérales à ce propos sont centrées sur la capacité et le désir naturels des *individus* d'accéder à la connaissance, à la raison et à la vérité. Les individus sont mieux informés et ont de meilleures idées lorsqu'on leur présente des opinions et des croyances divergentes. La société dans son ensemble ne peut donc profiter des avantages de la transparence que si la pensée et la raison individuelles triomphent. Autrement dit, le progrès de la société est tributaire du progrès de ses membres. Milton lui-même a soutenu au dix-septième siècle que restreindre la transparence, c'était aussi restreindre la capacité des individus d'accéder à la vérité et à la raison. Ce sont des qualités que l'on ne peut posséder que dans une société qui permet l'expression d'arguments et d'idées opposés[17]. De même, Thomas Jefferson exprimait au dix-huitième siècle l'idée que lorsque la transparence est limitée, les individus sont moins en mesure de s'instruire et de s'informer. La majorité peut alors être privée de la possibilité de choisir la meilleure des solutions qui s'offrent à elle[18]. John Stuart Mill est peut-être l'auteur dont les écrits sur ce sujet ont eu la plus grande influence. Mill s'est écarté de la théorie utilitaire de la démocratie la plus répandue au dix-neuvième siècle, qui prônait la stricte application de la règle de la majorité, pour soutenir que la liberté d'expression était un attribut tellement fondamental de la démocratie qu'elle devait l'emporter même sur la volonté contraire de la majorité. En d'autres termes, [TRADUCTION] «le système perdrait son caractère démocratique si un principe démocratique [la règle de la majorité] pouvait servir à usurper les droits individuels sur lesquels repose le système[19]». Encore une fois, la conviction que la transparence est nécessaire à la démocratie était fondée sur le sentiment aigu de la souveraineté de l'individu. Dans son célèbre essai sur la liberté, Mill a reconnu explicitement cette relation :

> Mais il y a une sphère d'action dans laquelle la société, comme distincte de l'individu, n'a qu'un intérêt indirect, si même elle en a aucun. Nous voulons parler de cette portion de la conduite et de la vie d'une personne qui n'affecte qu'elle-même, ou qui, si elle affecte également les autres, ne le fait qu'avec leur consentement et leur participation libre, volontaire et parfaitement éclairée. Quand je parle de ce qui touche la personne seulement, j'entends par là ce qui la touche d'abord, immédiatement; car tout ce qui affecte un individu

15. Alexander Meiklejohn, *Free Speech and Its Relation to Self-Government*, New York, Harper & Bros., 1948, p. 88.

16. Voir, par exemple, John Milton, «Areopagitica : A Speech for the Liberty of Unlicensed Printing, to the Parliament of England (1644)», dans George Sabine (éd.), *John Milton, Areopagitica and Of Education with Autobiographical Passages from Other Prose Works*, New York, Appleton-Century-Crofts, 1951, p. 1.

17. Voir la discussion des théories de Milton dans G. Stuart Adam, «The Charter and the Role of the Media : A Journalist's Perspective», dans Anisman et Linden (éds), *op. cit. supra*, note 8, p. 42-46.

18. Voir la discussion des idées de Jefferson dans F.S. Siebert, T. Peterson et W. Schramm, *Four Theories of the Press*, réimpression, Urbana, Univ. of Illinois, 1963, p. 46-47.

19. Adam, dans Anisman et Linden (éds), *op. cit. supra*, note 8, p. 49.

peut affecter les autres à travers lui, et l'objection qui se fonde sur cette éventualité sera l'objet de nos réflexions ultérieures. Donc, ceci est la région propre de la liberté humaine. Elle comprend d'abord le domaine du *for intérieur*, exigeant la liberté de conscience dans le sens le plus étendu du mot, la liberté de pensée et d'inclination, la liberté absolue d'opinions et de sentiments, sur tout objet pratique, spéculatif, scientifique, moral ou théologique. La liberté d'exprimer et de publier des opinions peut paraître soumise à un principe différent, puisqu'elle appartient à cette portion de la conduite d'un individu qui touche les autres; mais comme elle est de presque autant d'importance que la liberté de penser elle-même, et qu'elle repose en grande partie sur les mêmes raisons, ces deux libertés sont inséparables en pratique. Secondement, le principe de la liberté humaine requiert la liberté des goûts et des poursuites, la liberté d'arranger notre vie suivant notre caractère, de faire comme il nous plaît, advienne que pourra, sans en être empêchés par nos semblables, aussi longtemps que nous ne leur nuisons pas, et quand bien même ils trouveraient notre conduite sotte ou condamnable. Troisièmement, de cette liberté de chaque individu résulte, dans les mêmes limites, la liberté d'association parmi les individus; la liberté de s'unir pour un objet quelconque inoffensif à l'égard d'autrui, étant supposé que les personnes associées sont majeures et ne sont ni contraintes, ni trompées.

Aucune société n'est libre, quelle que puisse être la forme de son gouvernement, si ces libertés n'y sont pas à tout prendre respectées; et aucune n'est complètement libre si ces libertés n'y existent pas d'une façon absolue et sans réserve.

La seule liberté qui mérite ce nom est celle de chercher notre propre bien à notre propre façon, aussi longtemps que nous n'essayons pas de priver les autres du leur ou d'entraver leurs efforts pour l'obtenir. Chacun est le gardien naturel de sa propre santé, soit physique, soit mentale et spirituelle. L'espèce humaine gagne plus à laisser chaque homme vivre comme bon lui semble, qu'à l'obliger de vivre comme bon semble au reste[20].

La transparence d'une société se mesure donc à la capacité de ses membres à avoir des types de conduites qui sont proprement humains : penser, raisonner, créer et parler. Restreindre ces actions équivaudrait à limiter le développement de l'intelligence humaine. Toute la société tire profit de l'exercice de ces libertés car il en résulte des idées nouvelles et souvent meilleures. De plus, selon Mill, aucune société ne pourrait être qualifiée de libre ou de démocratique si ces libertés n'étaient pas protégées.

Cette vision de la société démocratique n'a pas du tout valeur d'axiome et n'est pas immuable. C'est pourtant celle qui semble avoir reçu la sanction constitutionnelle au Canada dans la Charte. Voici ce que dit l'article 2 de la Charte sous la rubrique «Libertés fondamentales» :

> **2.** Chacun a les libertés fondamentales suivantes :
>
> *a*) liberté de conscience et de religion;
>
> *b*) liberté de pensée, de croyance, d'opinion et d'expression, y compris la liberté de la presse et des autres moyens de communication;
>
> *c*) liberté de réunion pacifique;
>
> *d*) liberté d'association.

Globalement, ces libertés ressemblent à un «système de liberté d'expression», pour reprendre l'expression d'Emerson, ou au schéma directeur d'une société transparente. Il convient de noter que l'alinéa 2*b*) énonce une série de libertés qui se rattachent les

20. John Stuart Mill, *La liberté*, Paris, Guillaumin, 1864, p. 113-115.

unes aux autres et, en particulier, qu'il lie la liberté d'opinion et la liberté d'expression. Il serait donc possible de déduire du lien ainsi établi qu'une personne ne peut exercer sa liberté d'opinion que si les autres sont libres d'exprimer des idées et de lui communiquer des renseignements qui lui permettent de se faire une opinion. Par exemple, on ne peut se faire une opinion sur le travail accompli par le gouvernement que si l'on a accès, grâce à la liberté d'expression exercée par d'autres, à une certaine quantité de renseignements sur l'action gouvernementale. Au surplus, la relation établie entre la liberté d'opinion et la liberté d'expression semble indiquer un rapport entre la liberté d'avoir une opinion et la liberté de la communiquer à autrui.

L'article 1 de la Charte garantit ces libertés fondamentales mais prévoit aussi des restrictions :

> **1.** La *Charte canadienne des droits et libertés* garantit les droits et libertés qui y sont énoncés. Ils ne peuvent être restreints que par une règle de droit, dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique.

D'après Mill, une «société libre et démocratique» respecte la capacité de ses citoyens d'avoir des opinions et de les exprimer. Aux termes de l'article 1 de la Charte, ne sont permises que les atteintes à ces libertés qui cadrent avec les buts d'une société canadienne libre et démocratique. Étant donné l'importance des libertés fondamentales elles-mêmes dans un régime démocratique, des limitations ne sont apportées par la loi à l'exercice de ces libertés qu'en conformité avec un critère strict. Nous tolérons cependant certaines limites générales pour ce qui a trait aux libertés d'expression et d'opinion dans notre société. Le libelle diffamatoire, la propagande haineuse et l'obscénité sont des formes d'expression qui sont soumises à certaines restrictions légales destinées à réaffirmer certaines valeurs sociales jugées primordiales dans les sociétés démocratiques : la protection de la réputation, la promotion de l'harmonie raciale et religieuse et la reconnaissance de la dignité humaine.

De façon générale, la Charte contient donc des dispositions constitutionnelles qui reflètent la conception individualiste et libérale de la société démocratique de théoriciens comme John Stuart Mill. Le peuple canadien s'est engagé à respecter ce texte et nous devons nous y tenir dans l'élaboration des normes régissant l'accès du public et des médias au processus pénal. Dans le présent document, nous demeurons toujours conscients de l'importance de la transparence dans le processus démocratique et, par voie de conséquence, de la nécessité de fournir aux individus la possibilité, grâce à l'accès du public et des médias, de se faire une opinion éclairée sur le processus pénal et de communiquer cette opinion à d'autres. L'administration de la justice pénale ne peut que gagner à faire l'objet d'un examen et d'un débat le plus larges possible.

II. Le rôle des médias

Une société transparente et démocratique exige non seulement la liberté de recueillir et de communiquer les informations, mais également un moyen de les diffuser autrement que par la conversation privée. Sans quoi des informations touchant le public ne seraient connues que de cercles restreints de citoyens informés. Seuls les médias peuvent porter à la connaissance du public les faits qui peuvent le concerner et lui faire prendre conscience de la diversité des opinions. Par conséquent, la liberté des médias de rassembler et de diffuser des informations, des idées et des opinions est étroitement liée à la transparence de la société dans son ensemble.

Dans une large mesure, la transparence effective d'une société est tributaire des efforts des médias pour surveiller et mettre au jour les activités de l'État. Cette assertion se vérifie certainement en ce qui concerne la tradition anglaise de la transparence du gouvernement. Au dix-septième siècle, la presse a dénoncé les mesures prises par le gouvernement pour soumettre les imprimeurs à l'approbation et à la censure; ces mesures les obligeaient à requérir l'autorisation du gouvernement avant toute publication. Ces protestations ont entraîné en 1694 l'abrogation de ces mesures[21]. Vers la fin du dix-huitième siècle, la presse qui avait été exclue du Parlement pendant des années a pu y avoir accès et a été autorisée à publier ses débats[22]. L'importance de la présence des reporters pour le bon fonctionnement du Parlement a été reconnue par Edmund Burke, à qui l'on a attribué la déclaration suivante : [TRADUCTION] «... trois états formaient le Parlement; mais, dans la galerie de la presse là-haut, se trouvait un quatrième état beaucoup plus important que tous ceux-là[23]». Plus tard au cours du dix-neuvième siècle, les tribunaux ont reconnu le caractère privilégié des comptes rendus exacts des débats du Parlement, c'est-à-dire l'immunité à l'égard des actions en diffamation[24]. Les affaires publiques furent désormais l'objet d'un débat public plus large car la presse était autorisée à publier les débats parlementaires sans s'exposer à des poursuites civiles en diffamation. Pendant toute cette période, la presse n'a cessé de dénoncer les contraintes que lui imposait la loi relative au libelle séditieux. En common law, cette infraction prohibait presque toute critique du gouvernement et des

---

21. Voir *An Act for preventing the frequent Abuses in printing seditious treasonable and unlicensed Books and Pamphlets and for regulating of Printing and Printing Presses, 1662* (R.-U.), 14 Cha. 2, chap. 33; cette loi a cessé d'être en vigueur suivant *An Act for Continuing several Laws Therein Mentioned, 1694* (R.-U.), 6 & 7 Wm. & M., chap. 14 et a été finalement abrogée par *An Act for promoting the Revision of the Statute Law by repealing certain Enactments which have ceased to be in force or have become unnecessary, 1863* (R.-U.), 26 & 27 Vict., chap. 125. Voir Leonard W. Levy, *Emergence of a Free Press*, New York, Oxford Univ. Press, 1985, p. 99-100.

22. Voir Siebert *et al.*, *op. cit. supra*, note 18, p. 48-49; Sir William Holdsworth, *A History of English Law*, vol. 10, Londres, Sweet and Maxwell, 1938, p. 547-548; Sir David Lidderdale (éd.), *Erskine May's Treatise on the Law, Privileges, Proceedings and Usage of Parliament* [titre abrégé : *Parliamentary Practice*], 19e éd., Londres, Butterworths, 1976, p. 221-223; J. Maingot, *Parliamentary Privilege in Canada*, Toronto, Butterworths, 1982, p. 36-38.

23. Cité dans Thomas Carlyle, *On Heroes, Hero Worship and the Heroic in History*, réimpression, Londres, Oxford Univ. Press, 1968, p. 215.

24. Voir *Wason* v. *Walter*, (1868) 4 Q.B. 73.

représentants de l'État, qu'elle soit bien fondée ou non[25]. La loi sur le libelle séditieux a été modifiée au cours des dix-huitième et dix-neuvième siècles, en grande partie par suite des campagnes de la presse[26].

La presse a donc réussi à faire disparaître certains des principaux obstacles à la libre discussion des questions d'intérêt général et, par voie de conséquence, à l'expression d'opinions défavorables au gouvernement de l'époque. Ces libertés sont d'une importance capitale pour la santé d'une société démocratique. C'est pourquoi il est essentiel que les médias jouissent d'une liberté et d'une indépendance maximales vis-à-vis de l'État.

Dans les sociétés où règne la libre discussion, c'est l'indépendance des médias vis-à-vis de l'État qui empêche celui-ci d'avoir un accès privilégié aux moyens de communication avec les citoyens. De même, l'État ne doit être investi d'aucun pouvoir général d'interdire la publication des idées qu'il juge mauvaises ou peu valables. Le public, et non l'État, doit être l'arbitre de la vérité et de la raison.

L'indépendance des médias par rapport à l'État est renforcée par leur autonomie financière. Dans notre économie de marché, les médias sont obligés de compter non seulement sur les revenus tirés de la vente de leurs produits mais aussi des revenus de la publicité. Les médias non seulement contribuent au bien-être social et politique de la société mais également, par nécessité, favorisent l'activité économique. Cela a parfois conduit à l'essor prodigieux d'entreprises de communication prospères. Ce phénomène a été accompagné de modifications radicales du mode d'exploitation des médias au vingtième siècle. Nous avons assisté à l'implantation des moyens électroniques et au développement de la profession de journaliste. Les journaux sont maintenant distribués dans toutes les parties du monde et les satellites permettent la reproduction instantanée des images en provenance du monde entier. À cause de cette situation, nous considérons souvent que les médias servent des intérêts qui transcendent ceux du public plutôt que d'offrir simplement aux individus un moyen de communication. Il est parfois difficile de nous imaginer que les intérêts des médias coïncident avec l'intérêt général.

Malgré ces caractéristiques des médias modernes, leur *rôle* n'a pas tellement changé. Depuis que le journalisme s'affirme comme une profession distincte, les journalistes agissent de plus en plus comme des représentants du public lorsqu'ils sont en quête d'informations et qu'ils les diffusent, tandis qu'au cours des siècles passés la presse n'était pas aussi spécialisée. Elle était plus proche de l'opinion du citoyen moyen et elle tablait plus sur les renseignements qu'on lui donnait que sur les informations qu'elle était en mesure de recueillir par ses propres moyens. De nos jours, ce sont les journalistes, plutôt que d'autres personnes intéressées, qui sont le plus susceptibles de

25. Voir la discussion des règles du common law relatives au libelle séditieux dans Levy, *op. cit. supra*, note 21, p. 3-15.

26. Par exemple, en vertu de *An Act to Remove Doubts respecting the Functions of Juries in Cases of Libel*, (R.-U.) [connu comme le «Fox's Libel Act» de 1792], 32 Geo. 3, chap. 60, le jury pouvait statuer sur le caractère séditieux d'une publication, s'agissant d'une question de fait. La véracité des allégations pouvait être invoquée en défense en application de *An Act to amend the Law respecting Defamatory Words and Libel, 1843* (R.-U.), 6 & 7 Vict., chap. 96. Aux États-Unis, le *Sedition Act* de 1798, chap. 73, stat. 596, avait déjà consacré ce moyen de défense. Voir Levy, *op. cit. supra*, note 21, p. 297.

chercher de l'information sur l'État; nous nous appuyons souvent sur leur opinion pour tirer nos propres conclusions sur les affaires publiques; ce sont eux qui s'élèvent fréquemment contre les limitations apportées par l'État à la transparence. Les médias exercent en notre nom la liberté de recueillir des renseignements et de nous les communiquer. Ils protègent ainsi la liberté du public de se faire une opinion sur les questions d'intérêt public, sur la base des renseignements à sa disposition. Ce rôle est essentiellement semblable à celui que jouait la presse au cours des siècles passés. Les médias remplissent encore pour nous la fonction de gardien des activités de l'État. Ils exercent une surveillance constante sur les affaires intéressant l'intérêt public. Ils garantissent que le public est suffisamment renseigné sur l'action gouvernementale pour se faire une opinion sur cette action.

Le statut juridique des médias n'a pas changé non plus. Le common law n'a jamais reconnu aux représentants des médias plus ou moins de liberté qu'au grand public. Leur droit d'accès à l'information ou au processus décisionnel du gouvernement, par exemple, a toujours été égal au droit d'accès accordé au public[27]. Il semble maintenant que la Charte a sanctionné cette égalité sur le plan constitutionnel[28]. L'article 2 dispose :

> **2.** Chacun a les libertés fondamentales suivantes :
>
> ...
>
> *b*) liberté de pensée, de croyance, d'opinion et d'expression, y compris la liberté de la presse et des autres moyens de communication ...

Suivant le libellé de cette disposition, la liberté de la presse est incluse dans la liberté d'expression dont chacun jouit. Il est manifeste que du point de vue constitutionnel, la liberté des médias de diffuser des renseignements et des idées n'est pas distincte de la liberté reconnue à toute personne, ni supérieure à celle-ci[29]. Elle fait partie de ce groupe de libertés fondamentales qui forment notre «système de liberté d'expression», de notre projet de société libre et démocratique.

Il ne faut toutefois pas oublier le mécontentement provoqué chez certains par l'impression que les médias ne s'acquittent pas de leurs obligations démocratiques. En outre, la prolifération de grandes entreprises commerciales de communication a, dans une certaine mesure, influé sur le rôle différent que jouent les médias dans la société moderne par rapport à leurs fonctions de gardiens ou de représentants du public. Au cours des dernières années, les médias ont été l'objet de critiques parce qu'ils ont été

---

27. *Journal Printing Co.* v. *McVeity*, (1915) 7 O.W.N. 633, conf. (1915) 21 D.L.R. 81 (C.A. Ont.).

28. Voir, par exemple, *R.* v. *Squires*, (1986) 50 C.R. (3d) 320 (C. Prov. Ont.), p. 342-343. Cette constatation est également implicite dans *Canadian Newspapers Co.* v. *A.G. Canada*, (1985) 49 O.R. (2d) 557 (C.A.), *Re Southam Inc. and R. (No. 1)*, (1983) 3 C.C.C. (3d) 515 (C.A. Ont.) et dans *Re Southam Inc. and R.*, (1984) 48 O.R. (2d) 678 (H.C.), conf. (1986) 53 O.R. (2d) 663 (C.A.), autorisation de pourvoi refusée le 22 mai 1986.

29. Par contraste, le premier amendement du *Bill of Rights* américain fait allusion à la fois à la liberté d'expression et à la liberté générale de la presse : «Le Congrès ne pourra faire aucune loi ... restreignant la liberté de la parole ou de la presse ...» (*supra*, note 14). Certains prétendent que cette formulation permet à la presse de réclamer un traitement spécial aux États-Unis. Voir, par exemple, Potter Stewart, «Or of the Press», (1974-75) 26 *Hastings L.J.* 631.

perçus, en raison de la taille considérable de certaines sociétés de communication, comme ayant tendance à présenter une version monolithique de l'information et à empêcher le lancement de petites entreprises de communication[30]. D'aucuns s'inquiètent également de l'influence des annonceurs sur le contenu des éditoriaux[31]. D'autres sont d'avis que les médias (et le public en général) accordent trop d'importance aux nouvelles à sensation[32]. En raison de la taille de certaines entreprises de communication, le risque d'erreur a augmenté et les préjudices qui peuvent en résulter pour les personnes sont importants. Il ne nous appartient pas de juger si ces perceptions sont exactes. Nous devons pourtant tenir compte de leur influence sur le rôle idéal qu'il conviendrait à notre sens que les médias jouent dans une société démocratique.

Si l'on s'en tient à une théorie libertaire stricte des fonctions des médias, l'activité des éditeurs de journaux et des stations de radio et de télévision ne devrait faire l'objet d'aucune ingérence de l'État. Leur indépendance farouche constitue le seul moyen d'assurer qu'ils accomplissent le rôle qui leur est assigné de gardien de l'action de l'État et de garant de la liberté de pensée. Mais qu'arrive-t-il quand le public perd confiance dans la capacité des médias de relater les informations avec exactitude et objectivité, ou de montrer un échantillon représentatif de l'opinion sur les affaires publiques? Autrement dit, comment le public peut-il surveiller son gardien? Ces préoccupations ont donné lieu à des demandes visant à restreindre la croissance des sociétés de communication de façon à assurer que le public dispose d'une variété suffisante de sources d'information[33]. Pour répondre à ces critiques, certains médias ont formé des conseils de presse et des associations professionnelles qui ont le mandat d'entendre les plaintes du public et de régler la conduite de leurs membres[34]. Certains se sont dotés de codes de déontologie ou ont adopté un énoncé de principes[35]. Dans certains États, on oblige les médias à offrir un temps d'antenne ou un espace égal aux personnes qu'ils critiquent ou à celles qui soutiennent des idées différentes des leurs de sorte que le public reçoive des informations équilibrées[36]. Dans une certaine mesure,

---

30. Voir, par exemple, le *Rapport de la Commission royale sur les quotidiens* [ci-après *Rapport de la Commission Kent*], Ottawa, Approvisionnements et Services Canada, 1981, p. 237-239.

31. *Id.*, p. 78-79. Voir aussi Tom Kent, «The Significance of Corporate Structure in the Media», (1985) 23 *U.W.O. L. Rev.* 151, p. 154-155.

32. Voir, par exemple, Max Radin, «The Right to a Public Trial», (1931-32) 6 *Temple L.Q.* 381, p. 397. Selon l'auteur, [TRADUCTION] «[l]'État n'est nullement tenu de donner des spectacles à l'intention d'un petit groupe de curieux en mal de sensation. En définitive, la publicité des débats judiciaires, telle qu'on l'entend à l'heure actuelle, n'est pas plus justifiée que celle des exécutions». Cependant, dans le récent jugement *Canadian Newspapers Co. Ltd.* v. *A.G. of Canada*, (1986) 55 O.R. (2d) 737 (C.A.), le juge Osler fait remarquer, à la page 748, que la presse remplit une importante fonction en dépit de tout penchant pour les nouvelles à sensation : [TRADUCTION] «Il est facile de se montrer intolérant envers la presse et de la condamner pour ce qui semble parfois être le goût du sensationnel. Il n'est pas nécessaire que les motifs de la presse soient altruistes pour que l'importance de la liberté de la presse devienne évidente».

33. *Rapport de la Commission Kent*, *op. cit. supra*, note 30, p. 264-267.

34. Pour une discussion de l'historique des conseils de presse, voir J. Allyn Taylor, «The Role of the Press Council», dans Anisman et Linden (éds), *op. cit. supra*, note 8, p. 159.

35. Voir, par exemple, la «Déclaration de principe pour quotidiens du Canada» adoptée par l'Association canadienne des éditeurs de quotidiens en avril 1977 et énoncée dans le *Rapport de la Commission Kent*, *op. cit. supra*, note 30, annexe VII, p. 313-314.

36. Voir Jerome A. Barron, «Public Access to the Media under the Charter : An American Appraisal», dans Anisman et Linden (éds), *op. cit. supra*, note 8, p. 191-197.

l'État réglemente le contenu des programmes de télévision ou de radio par son système de licences[37]. On a créé des stations de télévision publiques, subventionnées à divers degrés, afin de mettre à la disposition du public des médias non commerciaux[38].

Tous ces phénomènes indiquent que le public s'attend à ce que les médias accomplissent leur mission d'une manière conforme à leur responsabilité sociale, d'une manière équitable tant pour les consommateurs d'information que pour les personnes dont le nom est mentionné par les médias. Dans cette optique, la liberté des médias de recueillir et de relater les informations et les opinions s'accompagne de l'obligation envers le public de diffuser les informations de façon impartiale. Le public, par l'intermédiaire de l'État et des lois, devrait exercer un droit de regard sur l'accomplissement des fonctions démocratiques des médias et intervenir au besoin pour protéger des valeurs sociales primordiales.

La Charte nous éclaire sur l'étendue des limitations que l'État peut apporter à la liberté des médias et qui seraient tolérables dans notre société. On trouve à l'article 1 le critère que doit respecter toute entrave à la liberté fondamentale des médias. Celle-ci ne peut être restreinte que dans des limites qui soient «raisonnables» et «dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique». Comme toutes les libertés fondamentales, la liberté de la presse vise à réaffirmer le caractère démocratique de notre société. Il reste que toute limite conforme au critère de l'article 1 de la Charte ne saurait elle-même être justifiée que si elle tend à préserver le caractère «libre et démocratique» de la société. Il semble donc que si les règles actuelles prévoient des atteintes raisonnables à la liberté absolue des médias, celles-ci ne sont cependant valables sur le plan constitutionnel que dans la mesure où la démocratie y gagne malgré la diminution de la liberté des médias qui en résulte.

C'est la norme au regard de laquelle il faut analyser la portée de l'accès du public et des médias au processus pénal. Nous reconnaissons que la liberté d'opinion et la liberté d'expression forment les bases de notre société libre et démocratique. La liberté d'assister et de prendre part aux débats sur les questions qui touchent l'administration de la justice pénale est un élément important de notre «système de liberté d'expression». Néanmoins, nous devons tenir compte d'autres valeurs qui sont en concurrence avec la liberté d'expression absolue. Lorsque ces valeurs correspondent à des intérêts graves et importants sur le plan social, il faut déterminer leur poids relatif par rapport aux

---

37. Voir, au Canada, la *Loi sur la radiodiffusion*, S.R.C. 1970, chap. B-11, art. 3, qui établit une politique de radiodiffusion pour le Canada dont la mise en œuvre relève d'une autorité publique (le Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes). Le Conseil est habilité à réglementer divers aspects du contenu des émissions, comme la publicité, les annonces à caractère politique, les sujets délicats et le «contenu canadien»; voir, par exemple, le *Règlement sur la radiodiffusion (M.A.)*, C.R.C. 1978, chap. 379, art. 5-12, le *Règlement sur la radiodiffusion (M.F.)*, C.R.C. 1978, chap. 380, art. 6-13 et le *Règlement sur la télédiffusion*, C.R.C. 1978, chap. 381, art. 6-20.

38. Par exemple la création de la Société Radio-Canada, *Loi sur la radiodiffusion*, S.R.C. 1970, chap. B-11, partie III, art. 33-47 et l'Office de la télécommunication éducative de l'Ontario, *Loi sur l'Office de la télécommunication éducative de l'Ontario*, R.S.O. 1980, chap. 331.

libertés fondamentales. Si leur poids est supérieur, les limitations apportées aux libertés fondamentales sont justifiées, mais seulement dans la mesure qu'exige la reconnaissance de ces intérêts.

III. La transparence dans l'administration de la justice pénale

Pendant des siècles, la transparence caractérise de manière générale[39] l'administration de la justice et le processus pénal en particulier. La publicité est considérée non seulement comme une vertu mais également comme une formalité essentielle à la validité de la procédure légale. Le respect du principe de la publicité des débats judiciaires est fondé sur le concept du procès par jury. Voici comment un historien décrit le procès en common law :

> [TRADUCTION]
> Les affaires sont jugées en audience publique, et il aurait difficilement pu en être autrement. Comme le voulait la tradition, le jury était composé de membres du voisinage qui étaient censés connaître les faits. Au terme d'une lente évolution, les jurés seront appelés à trancher selon la preuve produite au procès. Toutefois, le jury représente toujours le «peuple» au verdict duquel se soumet l'accusé. Les *Assizes* et les *Quarter Sessions* constituaient des assemblées périodiques réunies pour l'expédition des affaires les plus importantes ... Le principe de la publicité des débats ne procède pas de la pensée libérale, il résulte presque de façon inévitable de notre système judiciaire et de l'utilisation du jury[40].

Ainsi, la publicité traditionnelle des débats judiciaires au criminel et le droit d'en rendre compte n'ont pas été précédés par la reconnaissance des avantages que pourrait offrir la transparence. Celle-ci constituait plutôt un simple trait caractéristique de la justice. Elle demeure rattachée au procès pénal tout au long de l'évolution du common law. Les justifications sont venues après, elles n'ont pas précédé son intégration aux premiers procès. À l'évidence, elles sont compatibles avec les théories libérales de la liberté d'expression et de la liberté de la presse élaborées initialement pendant les dix-huitième et dix-neuvième siècles. Selon la conception libérale du système de justice pénale, la poursuite judiciaire est essentiellement l'exercice de l'autorité gouvernementale. Dans une société démocratique, les citoyens doivent pouvoir examiner l'action gouvernementale et s'exprimer sur son bien-fondé. Cela entraîne comme corollaire le droit des médias d'agir à titre d'instrument de communication des informations et des idées concernant le processus pénal.

La transparence du processus pénal est conforme à ces principes de la pensée libérale car la liberté de porter un jugement sur toute action gouvernementale sert la démocratie. La transparence permet également d'atteindre les objectifs de l'administration de la justice. La surveillance du comportement des participants au procès offre une meilleure garantie de justice. Jeremy Bentham a souvent parlé de l'importance du

39. Voir, par exemple, *Scott* v. *Scott*, [1913] A.C. 417 (Chambre des lords).

40. R.M. Jackson, *The Machinery of Justice in England*, 6e éd., Londres, Cambridge Univ. Press, 1972, p. 21.

respect du principe de la publicité des débats judiciaires en common law. Il a écrit notamment ce qui suit :

> [TRADUCTION]
> Faute de publicité, tous les autres contrôles sont insuffisants; ils ont peu d'importance si on les compare à la publicité[41].
>
> Dans l'ombre du secret, de sombres visées et des maux de toutes formes ont libre cours. Les freins à l'injustice judiciaire sont intimement liés à la publicité. Là où il n'y a pas de publicité, il n'y a pas de justice[42].
>
> La publicité est le souffle même de la justice. Elle est l'aiguillon acéré de l'effort et la meilleure sauvegarde contre la malhonnêteté. Elle fait en sorte que celui qui juge est lui-même en jugement[43].

On présume souvent que les arguments invoqués par les érudits comme Bentham pour défendre le principe de la transparence de la justice [TRADUCTION] «constituaient en quelque sorte une réaction instinctive à la procédure de la Chambre étoilée[44]». Mais comme on l'a fait remarquer, quels que soient les abus et les injustices reprochés à ce tribunal, [TRADUCTION] «son action n'était apparemment pas secrète. Le Parlement contestait son pouvoir, non les modalités d'exercice de celui-ci[45]».

On voit donc que la transparence de notre système judiciaire n'est pas l'aboutissement d'un mouvement réfléchi visant à obtenir l'accès à des salles d'audience dont le public était exclu. Il s'agit [TRADUCTION] «simplement d'une particularité de la justice anglaise[46]». Le concept de la transparence dans l'administration de la justice tient plus de la tradition que de l'idéologie, même s'il est conforme à la pensée démocratique libérale. L'accès aux salles d'audience a été accordé plusieurs siècles avant que ne soit reconnu le droit d'assister aux débats parlementaires. En fait, dans une décision marquante[47] rendue au dix-neuvième siècle et reconnaissant l'immunité des comptes rendus des débats parlementaires à l'égard des poursuites pour libelle diffamatoire, le tribunal a expressément évoqué l'apport pour la société de la discussion publique des procédures judiciaires :

> [TRADUCTION]
> L'autre principe plus général sur lequel repose cette exception aux règles du droit en matière de libelle [c'est-à-dire l'immunité] est le suivant : les avantages de la publicité des débats judiciaires pour la collectivité sont si importants que l'intérêt général l'emporte sur les inconvénients que pourraient subir, le cas échéant, des particuliers. Il est vrai qu'en vue d'établir une distinction entre la publication des débats parlementaires et celle des débats judiciaires, on a affirmé que l'immunité dont jouissent ces derniers repose sur le fait que les

---

41. Jeremy Bentham, *Rationale of Judicial Evidence*, vol. 1, Londres, Hunt and Clarke, 1827, p. 524.
42. *The Works of Jeremy Bentham, Published under the Superintendence of his Executor, John Bowring*, vol. 9, New York, Russell & Russell, 1962, p. 493.
43. *Ibid.*, vol. 4, p. 316.
44. Alan W. Mewett, «Public Criminal Trials», (1978-79) 21 *Crim. L.Q.* 199, p. 199.
45. Radin, *loc. cit. supra*, note 32, p. 386-387.
46. Peter Wright, «The Open Court : The Hallmark of Judicial Proceedings», (1947) 25 *R. du B. Can.* 721, p. 721.
47. *Wason* v. *Walter*, *supra*, note 24.

salles d'audience sont publiques alors que les chambres du Parlement ne le sont pas; on a également fait valoir que la publication d'un compte rendu des débats judiciaires renseigne le public sur les règles qui régissent la conduite des tribunaux. Cependant, à notre avis, le véritable motif est celui exprimé par le juge Lawrence dans l'affaire *Rex* v. *Wright* [8 T.R. 293, p. 298] : «même si la publicité de ces procédures peut comporter des inconvénients pour la personne directement en cause, il est extrêmement important pour le public que les procédures des cours de justice soient connues de tous. L'avantage que tire la société de la publicité de ces procédures fait amplement contrepoids aux inconvénients que subit l'individu dont le comportement est ainsi visé». Dans l'arrêt *Davison* v. *Duncan* [7 E.&B. 229, p. 231], lord Campbell déclare que «la relation exacte des débats judiciaires est privilégiée car l'importance de la publicité pour l'intérêt général est considérable. Il est capital que le public soit informé de ce qui se passe dans les salles d'audience ...»[48].

Le tribunal arrive ensuite à la conclusion que la discussion publique des questions soulevées au Parlement était cruciale au bon fonctionnement d'une société autonome. Le juge déclare ce qui suit :

[TRADUCTION]
Il nous semble évident que les principes qui justifient l'immunité accordée à la publication de comptes rendus des débats judiciaires s'appliquent à la relation des débats parlementaires. Il y a correspondance parfaite entre les deux situations[49].

À l'évidence, la transparence de l'administration de la justice est depuis longtemps considérée comme la pierre angulaire d'une société respectueuse des principes démocratiques. Les avantages supplémentaires qu'elle représente pour notre système de justice pénale ne peuvent être passés sous silence. Mewett résume les mérites du procès pénal public en ces termes :

[TRADUCTION]
Le procès public offre certaines garanties contre les procédures injustes ou inéquitables envers l'accusé; il empêche l'exécutif de se servir des tribunaux pour parvenir à ses propres fins; il réduit la possibilité d'abus de la part du pouvoir judiciaire; il maximise les chances pour que l'administration de la justice soit égale et impartiale à l'égard de tous les accusés; bon nombre des éléments de la mise en œuvre des règles du droit pénal, comme la réprobation sociale de certains actes ou la dissuasion générale, exigent que le public soit informé; les témoins qui doivent faire publiquement leur déposition hésitent davantage à faire un faux témoignage de crainte d'être dénoncés. Bien sûr, cela signifie simplement qu'en général, le procès public sert les intérêts non seulement de l'accusé et du poursuivant, mais aussi de la société elle-même[50].

Le procès public protège également l'accusé : des témoins à décharge peuvent en effet se faire entendre après avoir été mis au courant de la procédure par les médias. Dans l'affaire *Chartier* c. *Proc. Gén. (Qué.)*[51], par exemple, des témoins, alertés par les médias, ont fait lever les charges qui pesaient contre l'accusé. De même, dans une cause récente entendue à Ottawa, des témoins ont réfuté les preuves avancées par la

48. *Id.*, p. 88.

49. *Id.*, p. 93.

50. *Loc. cit. supra*, note 44, p. 199.

51. [1979] 2 R.C.S. 474 [ci-après *Chartier*].

poursuite après avoir lu dans les journaux le compte rendu du faux témoignage fait par le «témoin oculaire» d'un meurtre[52].

L'intérêt de la publicité des débats judiciaires pour la société est donc double : d'une part, elle conduit au progrès social par l'exercice de la liberté d'opinion et la communication des idées sur le gouvernement en général et le système judiciaire en particulier; d'autre part, l'administration de la justice[53] s'améliore grâce à la surveillance exercée sur les acteurs concernés et à une plus ample connaissance des règles du droit constatée chez les citoyens qui y sont soumis[54]. Mais pour bien profiter de ces avantages, la société doit favoriser le plein accès du public et des médias au processus pénal.

Pourtant, deux raisons militent contre l'exercice inconditionnel du droit d'accès aux renseignements relatifs au processus pénal ou de la liberté qu'ont les médias de les communiquer. En premier lieu, il faut se demander s'il convient d'apporter des limitations à l'application du principe de la transparence. Le respect de ce principe en common law est manifeste lorsqu'il s'agit du procès. Cependant, lorsque nous employons dans le présent document l'expression «processus pénal» nous visons tout le cortège des procédures accessoires qui se greffent à la poursuite d'une accusation pénale, de l'investigation policière jusqu'à l'épuisement des recours d'appel, en passant par les documents dressés pendant ces procédures ou y afférents. Un examen de l'application du principe de la transparence aux procédures autres que le procès pénal s'impose donc. Il convient de décider s'il faut appliquer aux procédures accessoires au processus pénal d'autres principes que ceux régissant le procès.

En second lieu, certains intérêts irrésistibles peuvent revêtir autant d'importance, sinon plus, que la transparence dans une société respectueuse des principes démocratiques. Comme on l'a vu, la Charte elle-même reconnaît cette possibilité en son article 1. Des limites raisonnables peuvent restreindre l'exercice des libertés fondamentales s'il peut être démontré que cette mesure est justifiée au sein «d'une société libre et démocratique». Il s'agit d'identifier les intérêts en présence et de les soupeser au regard de l'immense avantage que représente pour la société le plein accès au processus pénal et la libre expression au sein de ce processus. C'est ce à quoi nous nous emploierons dans le cadre de l'examen de diverses étapes du processus pénal.

---

52. Voir S. Bindman, «Perjury Charges Laid after Trial», *The [Ottawa] Citizen*, le 5 octobre 1984, p. C-2.

53. Voir Jamie Cameron, «The Rationale for Openness in Judicial Proceedings and the Rationales for Placing Limits on the Principle of Openness», document d'étude non publié préparé pour la CRDC (1985); voir aussi Jamie Cameron, «Comment: The Constitutional Domestication of Our Courts — Openness and Publicity in Judicial Proceedings under the Charter», dans Anisman et Linden (éds), *op. cit. supra*, note 8, p. 203.

54. L'importante mission d'éducation de la publicité ne devrait pas être passée sous silence, si forte que soit la tentation de taire les informations susceptibles de provoquer de vives réactions. En voici un exemple :
[TRADUCTION]
Le danger de limiter la publicité des débats judiciaires, c'est-à-dire la tenue des audiences en public, a été mis en lumière par le *Punishment of Incest Act, 1908*. On a dû abroger la disposition prévoyant que les procédures intentées sous le régime de cette loi se dérouleraient à huis clos parce que l'on s'est aperçu que les auteurs de tels comportements ignoraient souvent qu'ils étaient criminels. [Anonyme, «Pre-trial Publicity», (1938) 86 *Law Journal* 361.]

D'ores et déjà, il est à propos de souligner certains intérêts généraux et divergents : la mise en application efficace de la loi, l'intimité de la vie privée et la garantie d'un procès équitable.

IV. Les valeurs divergentes

La divulgation de certains renseignements relatifs à la conduite des enquêtes policières pourrait faire obstacle à l'arrestation des personnes qui, pour des motifs raisonnables, sont soupçonnées d'avoir commis une infraction criminelle. Parfois, même la connaissance d'un projet d'opération policière suffit pour que des suspects se dérobent ou pour que des preuves soient détruites. Par conséquent, avant de décider s'il convient, par exemple, de limiter l'accès du public et des médias aux renseignements relatifs aux fouilles ou aux perquisitions, aux arrestations ou à la surveillance électronique, il faut considérer la possibilité et l'étendue des effets néfastes de la divulgation de cette information sur l'application efficace de la loi. La police, organe du gouvernement auquel nous avons confié les pouvoirs discrétionnaires les plus étendus en matière d'atteinte à la vie privée, doit faire l'objet d'une surveillance publique pour que les citoyens puissent se former une opinion sur le bon exercice de ces pouvoirs. Pourtant, cette surveillance ne doit pas empêcher la police de s'acquitter de sa mission. Une société libre et démocratique doit se doter de moyens de répression efficaces pour assurer à ses citoyens les meilleures garanties de liberté et de sécurité. Cependant, toute déviation du principe de la transparence doit rester mesurée. Il ne faut restreindre l'accessibilité et la liberté de communication que pour permettre aux fonctionnaires de bien s'acquitter de leur mission et non pour soustraire leur action à l'examen du public.

La libre discussion des questions relatives à l'administration de la justice pénale comporte souvent comme corollaire le droit de faire des commentaires sur la conduite de divers individus dont certains sont des agents publics comme les juges, les avocats de la Couronne et les agents de police. Comme il se doit, la façon dont ils s'acquittent de leur mission sera dévoilée. Le public pourra par conséquent se former une opinion sur le bien-fondé de leur action et pourra exprimer cette opinion. D'autres personnes participent au processus pénal à titre purement privé. Les victimes d'actes criminels, les témoins, les accusés et les membres de leur famille risquent de voir les détails de leur vie privée, leurs habitudes, leur personnalité, et même leurs sentiments, révélés sur la place publique. Ces particularités seront parfois divulguées dans le cadre d'une procédure donnée parce qu'elles sont pertinentes en l'espèce. Elles peuvent aussi être mises en lumière seulement par suite d'une enquête des médias. Des personnes tout à fait innocentes peuvent se retrouver sur la sellette si elles ont le malheur d'être mêlées aux premières étapes d'une investigation criminelle. Parmi les personnes dont l'intimité peut ne pas être respectée si la presse décide de publier certains renseignements, citons celles dont les biens font l'objet d'une perquisition en vue de découvrir des articles de contrebande. Le public peut être mis au courant de faits qui ont peu de chose à voir

avec la nécessité de surveiller le gouvernement, les activités de ses mandataires ou le déroulement du processus pénal.

La protection de l'intimité de la vie privée est une valeur importante dans une société démocratique. Ni l'État ni le public ne devraient avoir le droit absolu de connaître les détails intimes ou embarrassants de la vie des autres. Une certaine diminution d'intimité est certes inévitable dans une procédure criminelle. Ce que les gens ont fait, dit, entendu et ressenti relève à bon droit de l'enquête si ces détails sont pertinents à l'accusation portée. De même, il est normal que le public manifeste une certaine curiosité à propos des individus mêlés de façon accessoire à ce processus et qu'il fasse des commentaires à ce sujet. Toutefois, il conviendrait que l'État protège l'intimité de certaines personnes lorsque la publicité peut être particulièrement préjudiciable. À nouveau, toute protection accordée à cet égard devrait restreindre le moins possible le droit du public de savoir ce qui se passe dans les salles d'audience et ce que font ses mandataires.

Il se peut que la publication de renseignements relatifs à un crime présumé ou à une personne accusée d'une infraction limite la possibilité de tenir un procès équitable. L'expression «procès équitable» fait référence à un procès dont l'issue dépend uniquement de l'appréciation des preuves légalement produites par la poursuite et la défense. Il ne faudrait pas accorder de poids aux renseignements relatifs à l'affaire qui sont révélés hors des salles d'audience, ni tenir compte des opinions exprimées par des commentateurs de l'extérieur, même réputés. Si, en raison de la publication de certaines informations, d'éventuels jurés se formaient une opinion sur la culpabilité ou l'innocence de l'accusé, la possibilité de tenir un procès équitable serait réduite.

Dans une société libre et démocratique, il faut prévoir des mesures garantissant l'équité des condamnations. Nul ne devrait être déclaré coupable d'une infraction criminelle sur la foi de sous-entendus ou d'accusations suspectes. Bien sûr, un accusé ne devrait pas non plus être acquitté pour des raisons spécieuses. C'est pourquoi nos règles de droit ne permettent que la présentation des preuves pertinentes. Il serait donc tout à fait justifié d'apporter des restrictions mesurées et raisonnables à la diffusion de commentaires sur une accusation criminelle s'il y a de fortes chances qu'ils soient portés à la connaissance de candidats jurés et qu'ils produisent sur ceux-ci une impression suffisante pour compromettre la tenue d'un procès équitable.

Il arrive que les mandataires de l'État soient spécialement obligés de protéger l'intégrité du processus pénal. Le procès pénal est la poursuite d'un individu par l'État à qui il incombe de garantir le caractère équitable du procès. La police, le ministère public et la magistrature sont par conséquent tenus de ne pas faire de commentaires et de ne pas divulguer d'information de nature à réduire les chances de tenir un procès équitable. Bien entendu, les représentants de l'État doivent respecter les règles de droit relatives à l'outrage au tribunal qui répriment la publication d'informations ou d'opinions préjudiciables à la tenue d'un procès équitable. Du reste, il se peut qu'ils soient en outre tenus de préserver l'intégrité de l'administration de la justice au-delà des exigences des règles relatives à l'outrage au tribunal et des autres limitations juridiques applicables à la divulgation de renseignements sur le processus pénal.

Voilà donc les principaux intérêts qui ressortent de l'analyse de l'accès du public et des médias au processus pénal. Il faut les reconnaître et les apprécier au regard des nécessités de la démocratie et de la justice. C'est une tâche ardue qui suppose la comparaison des effets nocifs de la limitation de la transparence et de la liberté d'expression avec les conséquences fâcheuses de la limitation de tout autre droit important mis en jeu. Ainsi, lorsque nous réduisons les possibilités de tenir un procès équitable, les répercussions nuisibles sont mesurables et concrètes. L'individu risque de perdre sa liberté ou l'exercice de ses droits civils pendant une période déterminée s'il est condamné à tort. De même, si une investigation policière n'est pas menée à bien en raison de la divulgation des activités clandestines légitimes de la police, des criminels suspects peuvent échapper à des poursuites. Lorsque des innocents sont le point de mire des médias, nous pouvons imaginer les blessures psychologiques qui leur sont infligées. Dans chacune de ces hypothèses, il nous est relativement facile de mesurer les conséquences de l'atteinte portée aux intérêts sociaux en question.

En revanche, la limitation de la transparence et de la liberté d'expression en ce qui concerne le processus pénal entraîne des effets nocifs abstraits, difficiles sinon impossibles à mesurer. Il se peut que le public ne soit jamais mis au courant de certains faits. Il se peut que nous ne dégagions jamais certaines leçons évidentes au sujet de notre système judiciaire. Il se peut que l'activité d'un agent public soit passée sous silence. Les médias peuvent se lancer dans une lutte acharnée pour préserver leur liberté ou peuvent se montrer plus circonspects devant les obstacles dressés devant eux par le gouvernement. Ces conséquences sont toutes prévisibles. Pourtant, elles sont diffuses et intangibles par rapport aux effets des atteintes portées aux autres valeurs sociales. Il est peut-être normal alors de déceler une tendance (que nous avons tenté d'éviter) qui consiste à reconnaître plus facilement les valeurs divergentes relativement précises et, dans certains cas, à leur donner préséance sur l'intérêt général que représente le respect du principe de la transparence.

CHAPITRE DEUX

Les règles du droit actuelles

I. La limitation du principe de la transparence

En common law, l'importance de la publicité du procès pénal est reconnue depuis longtemps. Cependant, le respect du principe de l'accès au *procès* pénal et du droit d'en discuter librement ne fournit pas en soi d'indication claire sur le degré de transparence des autres genres de procédures pénales, par exemple celles qui *précèdent* le procès.

L'évolution des règles du droit qui régissent l'enquête préliminaire est particulièrement éclairante à cet égard. Au début, la règle de la publicité des débats judiciaires ne s'appliquait pas en common law aux enquêtes préliminaires. La nature de ces procédures très anciennes (on les désignait par l'expression *preliminary examinations*) tranchait sur celle des procédures de la fin du dix-neuvième et du vingtième siècle. À l'origine, l'enquête préliminaire était une procédure inquisitoire — le juge de paix ne siégeait pas tant à titre de juge qu'à titre d'enquêteur[55]. La règle de la transparence maximale ne jouait donc pas à cette époque[56]. Les comptes rendus des enquêtes préliminaires ne jouissaient pas d'une immunité, contrairement à ceux des débats judiciaires[57].

Ce n'est qu'en 1848 que l'enquête préliminaire commence à ressembler à la procédure actuelle. Le *Indictable Offences Act, 1848*[58] disposait que l'enquête préliminaire devait être conduite de manière judiciaire. L'accusé avait le droit d'assister à l'interrogatoire des témoins, de contre-interroger les témoins de la Couronne, d'être informé des allégations faites contre lui, de présenter des témoins à décharge et de

---

55. Voir Sir James Fitzjames Stephen, *A History of the Criminal Law of England*, vol. I, New York, Burt Franklin, 1883, p. 216-229.

56. *Id.*, p. 227-228.

57. Voir l'arrêt *R.* v. *Fisher*, (1811) 2 Camp. 563, 170 E.R. 1253 (B.R.) dans lequel lord Ellenborough a déclaré, p. 1253 : [TRADUCTION] «La publication d'un compte rendu des débats judiciaires au cours desquels les deux parties sont entendues et les différends sont résolus de façon définitive est salutaire, et donc, permise. La publication d'un compte rendu de ces enquêtes préliminaires tend à pervertir le public et à troubler le cours de la justice. Elle est donc illégale».

58. (R.-U.), 11 & 12 Vict., chap. 42, également connu sous le nom de «Sir John Jervis's Act». Voir Stephen, *op. cit. supra*, note 55, p. 220.

témoigner lui-même s'il le désirait[59]. Cependant, malgré cette profonde modification du caractère de l'enquête préliminaire, la règle de common law qui limitait l'accès à cette procédure et la publication de comptes rendus des débats a été consacrée par le même texte législatif. Suivant cette loi, [TRADUCTION] «le ou les juges de paix qui doivent ainsi procéder aux examens et à la consignation des déclarations ne sont pas réputés siéger en public[60]». La loi habilitait aussi le juge de paix qui présidait à exclure des personnes de la salle ou de l'édifice si les «fins de la justice» l'exigeaient. Donc, bien que l'enquête préliminaire soit devenue une procédure judiciaire, elle n'était pas assujettie au principe de la transparence comme le procès pénal. Cependant, la procédure n'était pas complètement secrète non plus. Malgré la présomption législative qui jouait contre la publicité et l'absence d'immunité rattachée aux comptes rendus des enquêtes préliminaires, il n'était pas rare que le public et la presse assistent aux débats et que des comptes rendus soient publiés[61].

Le premier *Code criminel* canadien ne permettait pas l'accès aux enquêtes préliminaires. Contrairement à la disposition législative du Royaume-Uni en vertu de laquelle l'enquête préliminaire était réputée ne pas se dérouler en audience publique, le *Code criminel* canadien précisait que l'instruction n'était pas une audience publique[62]. Alors que le droit anglais écartait l'application de la présomption de transparence formulée par le common law tout en admettant, dans une certaine mesure, la présence du public, le législateur canadien éliminait complètement cette possibilité.

C'est en 1980 seulement qu'une présomption de transparence a été prévue par le législateur anglais qui reconnaît alors dans les faits le caractère tout à fait judiciaire de l'enquête préliminaire[63]. Le *Code* canadien de 1892, lui, a été modifié en 1906 pour supprimer l'exigence de tenir les enquêtes préliminaires à huis clos[64]. L'abolition de cette obligation a donné naissance à une présomption voulant que les procédures soient publiques, sous réserve du pouvoir d'exclure les personnes non directement concernées[65]. Cela semble avoir été et être toujours la pratique canadienne en la

---

59. *Indictable Offences Act, 1848, supra*, note 58, art. 17, 18 et 27.

60. *Id.*, art. 19.

61. Voir, par exemple, Anonyme, «Pre-Trial Publicity», (1938) 86 *Law Journal* 343, cité dans C.A. Wright, «Newspapers and Criminal Trials», (1939) 17 *R. du B. Can.* 191, p. 192-194. Le privilège a plus tard été étendu à tous les comptes rendus équitables et exacts des [TRADUCTION] «procédures entendues publiquement devant toute cour exerçant des pouvoirs judiciaires ... si le compte rendu est publié à la même époque que ces procédures ...» : *Law of Libel Amendment Act, 1888* (R.-U.), 51 & 52 Vict., chap. 64, art. 3.

62. S.C. 1892, chap. 29, al. 586(*d*) [ci-après *Code* de 1892].

63. Le droit anglais est demeuré inchangé entre l'adoption de la loi de 1848 et celle du *Magistrates' Courts Act, 1952* (R.-U.), 15 & 16 Geo. 6 et 1 Eliz. 2, chap. 55, par. 4(2), qui prévoyait que les juges de paix présidant l'enquête préliminaire [TRADUCTION] «ne sont pas tenus de siéger en audience publique». Le *Magistrates' Courts Act, 1980* (R.-U.), 1980, chap. 43, par. 4(2) dispose maintenant que les juges de paix [TRADUCTION] «doivent siéger en audience publique» à moins que les fins de la justice n'exigent une autre procédure, ce qui renverse complètement la présomption établie dans le *Indictable Offences Act, 1848, supra*, note 58, lequel disposait que l'enquête préliminaire ne devait pas être tenue en audience publique.

64. S.R.C. 1906, chap. 146, al. 679(*d*).

65. *Ibid.*

matière[66]. Pour l'essentiel, cette disposition de notre *Code criminel* est demeurée inchangée depuis la modification apportée en 1906[67].

Dernièrement, la Cour suprême des États-Unis a décidé que les enquêtes préliminaires conduites dans l'État de Californie sont assujetties à la règle générale de la publicité des débats judiciaires[68]. Historiquement, ces enquêtes étaient accessibles au public lorsqu'elles s'inscrivaient dans le cadre des poursuites intentées par les États et le gouvernement fédéral. La Cour a jugé que la transparence était essentielle au bon déroulement de la procédure. [TRADUCTION] «En raison de son domaine considérable, l'enquête préliminaire constitue souvent l'étape finale et la plus importante de la procédure pénale[69]». Le droit d'accès du public est donc garanti par le premier amendement.

L'historique de l'enquête préliminaire nous renseigne sur les limitations que comporte la présomption de transparence en common law relativement aux procédures judiciaires. L'enquête préliminaire n'a été regardée comme une procédure publique qu'après avoir pris un caractère *judiciaire* plutôt qu'inquisitoire, même si, dans les faits, le régime législatif en vigueur a continué d'en limiter l'accès longtemps après. L'exemple cité n'entraîne pas nécessairement comme corollaire que toutes les procédures décisionnelles devraient être caractérisées par le même degré de transparence que le procès pénal[70]. Il montre simplement qu'une présomption de transparence est normalement liée aux «procédures judiciaires», peu importe qu'elles précèdent ou non le procès.

Bien que l'exemple de l'enquête préliminaire nous éclaire sur les cas où la présomption de transparence du common law s'applique, cette question a été en grande partie résolue dans l'arrêt *P.G. (Nouvelle-Écosse)* c. *MacIntyre*[71] rendu par la Cour suprême du Canada. Le juge Dickson (alors juge puîné) a reconnu au nom de la majorité que le principe de la transparence du common law régissait toutes les «procédures judiciaires, de quelque nature qu'elles soient, et ... l'exercice des pouvoirs judiciaires[72]», pas seulement le procès. La Cour a décidé en particulier que la présomption de transparence visait l'acte judiciaire que constitue la délivrance d'un mandat de perquisition. Donc, le public a le droit de consulter les documents qui appuient la demande après que le mandat a été exécuté et que des objets ont été saisis.

---

66. Voir Wright, *loc. cit. supra*, note 61, p. 192; David Lepofsky, *Open Justice: The Constitutional Right to Attend and Speak about Criminal Proceedings*, Toronto, Butterworths, 1985, p. 38-40. Voir également *infra*, p. 31-33.

67. Voir *Code criminel*, al. 465(1)*j*).

68. *Press-Enterprise Co.* v. *Superior Court of California*, 478 U.S. [No. 84-1560], 92 L. Ed. 2d 1 (1986).

69. *Id.*, p. 12-13.

70. La Cour suprême des États-Unis avait auparavant décidé, par exemple, que les requêtes présentées avant le procès et tendant à obtenir la suppression d'éléments de preuve pouvaient être entendues à huis clos en raison du danger de communiquer aux candidats jurés des preuves non fiables ou obtenues illégalement : *Gannett Co.* v. *DePasquale*, 443 U.S. 368, 61 L. Ed. 2d 608, 99 S. Ct. 2898 (1979).

71. [1982] 1 R.C.S. 175 [ci-après *MacIntyre*].

72. *Id.*, p. 185-186. Le juge cite à l'appui la déclaration faite dans l'arrêt *McPherson* v. *McPherson*, [1936] A.C. 177, p. 200 (C.P.) par lord Blanesburgh qui parle de la publicité comme [TRADUCTION] «la marque authentique qui distingue l'acte judiciaire de l'acte administratif».

Selon l'arrêt, «[à] chaque étape, on devrait appliquer la règle de l'accessibilité du public et la règle accessoire de la responsabilité judiciaire[73]».

Par conséquent, la règle de la transparence et les limites de son application sont maintenant claires en droit canadien. Une présomption d'accessibilité et de publicité se rattache aux procédures à caractère judiciaire. Au surplus, le principe de transparence comporte le droit de consulter et de diffuser les documents relatifs à ces procédures. Cependant, selon l'arrêt *MacIntyre*, la portée de ce principe peut être, à juste titre, limitée lorsqu'il est nécessaire de protéger des «valeurs sociales qui ont préséance[74]». Pour l'essentiel, le présent document de travail vise à déterminer quelles valeurs doivent être protégées par la limitation du principe de la transparence dans le processus pénal et quelle doit être l'étendue de cette protection.

II. La synthèse des règles du droit canadien

Maintes limitations sont apportées au principe de la transparence du processus pénal. Bon nombre sont disséminées dans le *Code criminel*, alors que d'autres découlent uniquement du common law. Par souci de clarté, nous avons regroupé en annexe toutes les limitations applicables (voir *infra*, p. 115).

A. Les procédures préalables au procès

La première intervention judiciaire dans l'enquête criminelle coïncide avec la demande d'autorisation d'interception d'une communication privée présentée par la police conformément à l'article 178.12 du *Code criminel*. Ce processus, qui consiste à permettre le recours à la surveillance électronique comme moyen d'enquête est par définition clandestin. Il importe donc de le garder secret. Une demande écrite tendant à obtenir l'autorisation d'intercepter une communication privée est présentée au tribunal (article 178.12) et tous les documents relatifs à la demande sont confidentiels (article 178.14). L'affidavit de l'agent de la paix établissant les faits qui justifient la délivrance d'une autorisation et les détails des communications que l'on cherche à intercepter sont placés par le juge dans un paquet scellé qui, en vertu du paragraphe 178.14(1), est «gardé par le tribunal, en un lieu auquel le public n'a pas accès».

Différentes mesures permettent de préserver la confidentialité du processus. Le paquet ne peut être ouvert qu'en vertu d'une ordonnance judiciaire rendue à l'issue d'une audience tenue sur cette question précise (paragraphe 178.14(2)). La Cour suprême du Canada a décidé que le paquet ne pouvait être ouvert qu'à la suite d'une contestation de la validité de l'autorisation, non à l'occasion d'une attaque indirecte contre elle[75]. De manière générale, les juges hésitent à ordonner l'ouverture des paquets

73. *Id.*, p. 186.

74. *Id.*, p. 186. Pour une discussion plus détaillée de la décision *MacIntyre*, voir *infra*, p. 28-30.

75. *Wilson* c. *La Reine*, [1983] 2 R.C.S. 594.

en l'absence d'une preuve de fraude ou d'inconduite dans le processus d'autorisation[76]. Au surplus, ni le contenu des documents appuyant la demande d'autorisation ni les détails de la communication interceptée ne peuvent être divulgués par suite d'une demande présentée en application de la *Loi sur l'accès à l'information*[77]. Lorsqu'une communication privée a été interceptée après la délivrance d'une autorisation, la divulgation de l'existence ou du contenu de la communication, sauf si elle a lieu dans le cadre d'une enquête criminelle ou d'une poursuite, constitue en général une infraction[78].

L'objectif premier de la confidentialité de la demande d'autorisation est la mise en œuvre efficace de la loi pénale. À l'évidence, l'utilité de la surveillance électronique comme moyen d'investigation serait complètement neutralisée si le public pouvait assister à la présentation de la demande d'autorisation ou publier les renseignements produits à l'appui de la demande pendant l'enquête. On attirerait ainsi l'attention des éventuels suspects. Il serait difficile, sinon impossible, de les arrêter ensuite, et des preuves pourraient être dissimulées ou détruites.

L'autre objectif visé par la confidentialité est la protection de l'innocent. La sécurité des indicateurs et des autres personnes qui collaborent avec la police pourrait être menacée si leur identité était dévoilée par la publication du contenu des affidavits présentés à l'appui de la demande d'autorisation. De même, la réputation de ceux qui sont soupçonnés à tort d'une activité criminelle pourrait être ternie si leur nom était publiquement associé à une enquête criminelle[79].

Bien que les arguments invoqués pour justifier la confidentialité du processus d'autorisation de la surveillance électronique soient bien fondés, les tribunaux ont reconnu qu'une plus grande transparence pouvait s'imposer pour respecter le droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives garanti à l'article 8 de la Charte. Dans l'affaire *R.* v. *Ross*[80], le tribunal a jugé que les bénéfices du secret diminuent après l'interception de la communication. À ce moment, un accusé a donc le droit de consulter les documents placés dans le paquet afin de présenter une défense pleine et entière à son procès. Pour assurer la protection continue de certains individus innocents, des noms ont été supprimés dans ce cas[81]. De même, dans la décision *R.* v. *Wood*[82], le juge Osborne a décidé que l'article 7 de la Charte garantissait le droit de

---

76. Voir, par exemple, *Re Royal Commission Inquiry into the Activities of Royal American Shows Inc. (No. 3)*, (1978) 40 C.C.C. (2d) 212 (C.S. Alb.). Voir également CRDC, *La surveillance électronique* [Document de travail nº 47], Ottawa, CRDC, 1986, p. 67-69.

77. S.C. 1980-81-82-83, chap. 111, par. 24(1), annexe II.

78. *Code criminel*, art. 178.2.

79. Voir *R.* v. *Finlay and Grellette*, (1983) 52 O.R. (2d) 632 (C.A.), p. 660-661.

80. (1985) 26 C.C.C. (3d) 264 (C. de distr. Ont.).

81. Voir aussi *R.* v. *Finlay and Grellette*, *supra*, note 79, où le juge d'appel Martin déclare ce qui suit à la page 662 : [TRADUCTION] «Il se peut que les intérêts protégés par la politique qui sous-tend la limitation de l'accès de l'accusé au paquet scellé puissent souvent être sauvegardés efficacement autrement, par exemple par la suppression du nom des indicateurs et des personnes innocentes qui pourraient subir des préjudices par suite de la divulgation de leur identité».

82. (1986) 26 C.C.C. (3d) 77 (H C. Ont.).

l'accusé à une défense pleine et entière et que les restrictions auxquelles était assujetti l'accusé quant à l'accès au paquet scellé, portaient atteinte à ce droit. Néanmoins, il a également déclaré que des mesures devaient être prises pour assurer la reconnaissance des droits protégés par le secret entourant le processus d'autorisation :

> [TRADUCTION]
> Des mesures peuvent et doivent être prises pour protéger dans une certaine mesure le contenu du paquet scellé. On ne saurait en révéler publiquement la substance comme cela se fait au jour le jour pour les preuves produites devant les tribunaux criminels[83].

Dans le document de travail n° 47 intitulé *La surveillance électronique* que la Commission a publié récemment, nous avons recommandé d'introduire dans les règles du droit actuelles une plus grande transparence afin de mieux surveiller la délivrance des autorisations et d'assurer une meilleure communication des pièces à l'accusé[84].

Comme dans le cas de la délivrance d'une autorisation de surveillance électronique, la mise en œuvre efficace de la loi revêt une importance considérable dans la délivrance du mandat de fouille ou de perquisition. La question de savoir si le public devrait avoir accès à ce processus et, par la suite, aux documents y afférents, fait l'objet d'une vive controverse depuis quelques années. Trois solutions ont été élaborées récemment pour résoudre ce problème.

En fait, la décision rendue par la Cour suprême du Canada dans l'affaire *MacIntyre* est à l'origine du débat[85]. Un journaliste s'était vu refuser l'accès au mandat de perquisition et aux pièces justificatives après l'exécution du mandat. Le juge Dickson (alors juge puîné) a d'abord rappelé au nom de la majorité la présomption selon laquelle toutes les procédures judiciaires et tous les documents y relatifs sont publics, sauf nécessité de protéger des «valeurs sociales qui ont préséance». À son avis, la mise en application efficace de la loi s'opposait en l'espèce à la protection de l'innocent. La protection de la première valeur exigeait selon la Cour que le public soit exclu des procédures concernant la délivrance du mandat de fouille ou de perquisition. Si la demande était présentée en audience publique, «la recherche d'objets relatifs aux crimes serait, au mieux, grandement entravée et, au pire, rendue tout à fait vaine[86]».

La deuxième valeur prédominante, c'est-à-dire la protection de l'innocent, doit être examinée après la délivrance du mandat. Si le public était admis à cette étape des procédures, le nom de personnes innocentes pourrait être publié ou diffusé, ce qui pourrait ternir leur réputation. L'«innocent» que le juge Dickson (alors juge puîné) désire protéger, est la personne chez qui la perquisition a eu lieu sans que l'on n'ait rien trouvé. Il a posé la question en ces termes : «Ces personnes doivent-elles souffrir l'opprobre qui entacherait leur nom et leur réputation du fait de la publicité de la

---

83. *Id.*, p. 87.

84. CRDC, *op. cit. supra*, note 76, p. 67-72 et 101-105.

85. *Supra*, note 71.

86. *Id.*, p. 187. On remarque aussi que la délivrance de mandats sous l'empire de la *Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité*, S.C. 1984, chap. 21, art. 27, doit être confidentielle.

perquisition[87]?» Pour assurer la protection de l'innocent, le juge Dickson a décidé que le public ne peut consulter le mandat et les pièces justificatives qu'après l'exécution du mandat et la saisie. On présume que s'il y a eu saisie, l'occupant des lieux ayant fait l'objet de la perquisition ne peut plus être considéré comme «innocent» et que son nom pourrait être publié. La qualité des parties intéressées pour examiner les mandats et les pièces justificatives après l'exécution du mandat a été maintenue[88]. On ne peut restreindre que l'accès du public en général et des représentants des médias.

Suite à l'arrêt *MacIntyre*, la Commission de réforme du droit a étudié la question de l'accessibilité aux procédures relatives à la délivrance des mandats et à la publication de leur contenu dans son rapport n° 24 intitulé *Les fouilles, les perquisitions et les saisies*. Nous avons souscrit à la position prise par la majorité des juges de la Cour suprême du Canada selon laquelle la délivrance des mandats de fouille ou de perquisition doit normalement se dérouler à huis clos[89].

Nous avons également recommandé que soit étendu le droit d'accès du public au mandat et aux pièces justificatives pour que ces documents puissent être examinés après l'exécution du mandat, peu importe qu'il y ait eu ou non saisie[90]. En revanche, pour protéger la réputation des personnes innocentes, nous avons proposé d'assujettir la publication du contenu du mandat et de la dénonciation à l'obtention préalable du consentement de la personne qui a fait l'objet de la perquisition ou de la fouille, sauf si celle-ci est accusée d'une infraction. Supposons, par exemple, qu'un cabinet d'experts-comptables fait l'objet d'une perquisition visant à recueillir des preuves relatives à l'activité criminelle soupçonnée de ses clients. Il ne serait pas équitable à l'égard du cabinet dont la réputation pourrait être compromise de l'associer à l'enquête, même si des dossiers financiers étaient saisis pendant la perquisition. Pourtant, selon la solution retenue dans l'affaire *MacIntyre*, le cabinet ne serait pas protégé à titre de partie «innocente» car des documents ont été saisis.

La troisième solution proposée se trouve dans une modification apportée au *Code criminel* par la *Loi de 1985 modifiant le droit pénal* proclamée le 4 décembre 1985, à savoir l'article 443.2. Depuis, cet article a toutefois été déclaré incompatible avec les dispositions de la Charte. À l'heure actuelle, l'article 443.2 du *Code criminel* dispose ce qui suit :

> **443.2** (1) Lorsqu'un mandat de perquisition a été décerné en vertu de l'article 443 ou 443.1, ou qu'une perquisition est effectuée en vertu d'un tel mandat, quiconque publie dans un journal ou diffuse des renseignements concernant
>
> *a*) l'endroit où s'est faite ou doit se faire la perquisition, ou
>
> *b*) l'identité de la personne qui occupe ou semble occuper cet endroit ou en est ou semble en être responsable ou qui est soupçonnée d'être impliquée dans une infraction à l'égard de laquelle le mandat fut décerné

87. *Ibid.*

88. Voir, par exemple, *Realty Renovations Ltd.* v. *A.G. for Alta.*, (1978) 44 C.C.C. (2d) 249 (C.S. Alb.) et *MacIntyre*, *supra*, note 71, p. 181.

89. *Op. cit. supra*, note 4, p. 25-27, al. 10(1)*b*).

90. *Id.*, p. 33.

sans la permission de chaque personne visée à l'alinéa *b*), à moins qu'une accusation n'ait été portée à l'égard d'une infraction visée par le mandat, est coupable d'une infraction punissable par procédure sommaire.

(2) Au présent article, «journal» s'entend au sens de l'article 261.

Cette disposition vise uniquement la publication d'informations sur la fouille ou la perquisition. Ainsi, les règles dégagées dans l'affaire *MacIntyre* qui interdisent au public l'accès aux audiences portant sur les demandes de délivrance de mandat de fouille ou de perquisition mais lui permettent de consulter le mandat et les pièces justificatives après l'exécution, s'appliquent toujours. Cependant, en vertu de cette modification, la publication du lieu de la perquisition et de l'identité de ses occupants ainsi que celle des suspects est prohibée si ceux-ci n'ont pas autorisé la publication. L'interdiction de publier prend fin lorsqu'une accusation est portée à l'issue de l'enquête dont la perquisition était une phase.

Par l'article 443.2, le législateur cherchait donc à protéger l'identité des suspects et des occupants des lieux ayant fait l'objet d'une perquisition jusqu'à ce que des accusations soient portées. Comme le public pouvait toujours consulter le mandat et les pièces justificatives après une perquisition fructueuse, les médias pouvaient être contraints pendant une période considérable à supprimer des renseignements recueillis dans ces documents.

Dernièrement, des tribunaux en Ontario et au Manitoba[91] ont décidé que cette disposition était inconstitutionnelle parce qu'elle porte atteinte à la liberté de presse. Le ministre de la Justice a annoncé qu'il considère la disposition comme inopérante et qu'il en présentera une version modifiée prochainement. Au chapitre trois, nous examinons ces décisions judiciaires et nous mentionnons certaines des critiques faites à l'égard de cette disposition tout en proposant des améliorations.

L'intérêt général pour la transparence dans les procédures après que des accusations ont été portées continue d'être considérable. Le public peut être rassuré : un suspect a été identifié et la police n'a pas abandonné son enquête. Toutefois, l'accusé risque à cette étape d'être couvert d'opprobre en raison d'une publicité défavorable à son endroit. Il se peut que ses chances de subir un procès équitable soient, par conséquent, diminuées. En revanche, il se peut aussi que d'éventuels témoins, instruits par la publicité, notamment la publication du nom de l'accusé, soient ainsi incités à se faire connaître, ce qui peut véritablement augmenter les chances de procès équitable[92].

La publicité entourant la mise en liberté provisoire par voie judiciaire suscite des difficultés particulières. Les preuves produites par la Couronne ou la défense au cours de l'audience ont trait uniquement à la question de savoir s'il convient que l'accusé soit détenu avant son procès. Certaines des preuves admissibles et pertinentes à cette étape peuvent ne pas l'être au procès subséquent. Par exemple, la preuve par ouï-dire peut

---

91. *Canadian Newspapers Co.* v. *A.G. Canada*, (1986) 53 C.R. (3d) 203 (H.C. Ont.); *Canadian Newspapers Co.* v. *A.G. Canada*, (1986) 28 C.C.C. (3d) 379 (B.R. Man.).

92. Voir *supra*, p. 17-18, pour des exemples.

être présentée pendant l'enquête sur le cautionnement si elle est donnée sous serment[93], mais il se peut qu'elle ne soit pas admise plus tard au procès. À l'évidence, si ce type de preuve est rendue publique avant le procès, les jurés éventuels risquent d'en prendre connaissance et d'être influencés par elle. Cette publicité pourra porter atteinte au principe inhérent du droit à un procès équitable, selon lequel l'accusé devrait être jugé uniquement d'après les preuves légalement produites devant le juge des faits[94].

Le *Code criminel* contient des dispositions destinées à protéger l'intégrité des procédures judiciaires par la limitation des possibilités de publier les preuves produites au cours de l'enquête sur le cautionnement. Le juge de paix peut interdire la publication ou la diffusion des éléments de preuve, des informations ou des observations présentés ainsi que des motifs, le cas échéant, fournis ou devant être fournis par le juge de paix au cours de l'audience[95]. Discrétionnaire si la demande d'interdiction émane du poursuivant, l'ordonnance doit obligatoirement être rendue si l'accusé en fait la demande. L'ordonnance produit ses effets jusqu'à ce que l'accusé soit libéré à l'issue de l'enquête préliminaire ou, s'il est renvoyé à son procès, jusqu'à la fin du procès. Il a été jugé que ce pouvoir constituait une limite raisonnable de la liberté d'expression, y compris la liberté de la presse, qui est garantie par la Charte[96].

Le juge peut aussi ordonner aux termes du paragraphe 442(1) que l'enquête sur le cautionnement se poursuive à huis clos si cette mesure est «dans l'intérêt de la moralité publique, du maintien de l'ordre ou de la bonne administration de la justice». Si le juge estime que l'interdiction de publication des preuves produites à l'enquête ne saurait garantir le caractère équitable du procès, il pourra en outre ordonner que le public soit écarté de la salle d'audience dans l'intérêt de la «bonne administration de la justice». Comme cette disposition vise toutes les «procédures dirigées contre le prévenu», nous traiterons plus amplement cette question à la section se rapportant au procès pénal.

Comme dans le cas de l'enquête sur le cautionnement, la publication des preuves introduites pendant l'enquête préliminaire pourrait influencer les candidats jurés et compromettre la tenue d'un procès équitable. Le *Code criminel* renferme des dispositions permettant de limiter l'accès à ces procédures et la publicité des débats.

L'alinéa 465(1)*j*) du *Code criminel* habilite le juge qui préside l'enquête préliminaire à faire sortir de la salle d'audience toute personne s'y trouvant, à l'exclusion du poursuivant, du prévenu et de leurs avocats «lorsqu'il lui paraît que les fins de la justice seront ainsi mieux servies». Il peut en outre grâce à l'alinéa 465(1)*k*) régler le cours de l'enquête de «toute manière qui lui paraît désirable». Le juge exerce donc un vaste pouvoir discrétionnaire en ce qui concerne l'exclusion du public des

93. *Re Powers and R.*, (1972) 9 C.C.C. (2d) 533 (H.C. Ont.), p. 538-539.

94. Voir Lepofsky, *op. cit. supra*, note 66, p. 11.

95. Par. 457.2(1). Il a été décidé qu'un tribunal peut interdire la publication des motifs de sa décision mais qu'il ne pouvait pas interdire la publication de sa décision elle-même : *Re Forget and R.*, (1982) 65 C.C.C. (2d) 373 (C.A. Ont.).

96. *Re Global Communications Ltd. and A.G. Canada*, (1984) 44 O.R. (2d) 609 (C.A.).

salles d'audience en application de l'alinéa 465(1)*j*)[97] ou toute autre ordonnance convenable en vertu de l'alinéa 465(1)*k*). Ces dispositions s'ajoutent au pouvoir général d'écarter de la salle «l'ensemble ou l'un quelconque des membres du public, pour toute ou partie de l'audience» lorsque des «procédures [sont] dirigées contre un prévenu[98]». Cependant, aux termes de la dernière disposition, l'exclusion du public doit être liée «à la moralité publique, au maintien de l'ordre ou à la bonne administration de la justice». Le pouvoir discrétionnaire de tenir une enquête préliminaire à huis clos est donc au moins aussi large, sinon plus large, que le pouvoir d'exclure le public d'un procès pénal[99]. Bien que cette mesure ait pour principal objectif de garantir la tenue d'un procès équitable, elle est également prise pour protéger l'identité des témoins à l'enquête préliminaire[100].

En plus de décréter le huis clos ou pour en tenir lieu, le juge de paix peut frapper d'une interdiction de publication les preuves produites à l'enquête préliminaire. Comme c'est le cas pendant l'enquête sur le cautionnement, à l'enquête préliminaire, l'interdiction de publier des éléments de preuve peut en général être prononcée à la discrétion du juge, sauf si le prévenu en fait la demande. Le juge doit alors prohiber toute publication[101]. Cette interdiction est levée lors de la libération du prévenu à l'issue de l'enquête préliminaire, ou s'il est renvoyé à son procès, lorsque celui-ci prend fin. On a jugé que cette disposition constituait une limitation raisonnable de la liberté de la presse garantie par la Charte[102].

Qu'une interdiction de publier ait été prononcée ou non par le juge qui préside l'enquête préliminaire, le *Code criminel* interdit formellement au paragraphe 470(2) la publication d'un «aveu ou confession ... présenté en preuve» à l'enquête. À nouveau, l'interdiction est levée à la libération du prévenu, ou s'il est renvoyé à son procès, à la fin de celui-ci. Il s'agit manifestement des éléments de preuve les plus préjudiciables qui puissent être publiés avant la tenue du procès pénal. Bien que cet effet redouté soit reconnu au paragraphe 470(2) en ce qui concerne les preuves présentées à l'enquête

97. Il a été décidé que cet alinéa permettait d'exclure *toutes* les personnes de la salle d'audience mais non pas certaines d'entre elles : *R.* v. *Sayegh (No. 2)*, (1982) 66 C.C.C. (2d) 432 (C. Prov. Ont.).

98. Par. 442(1). Voir la discussion, *infra*, à la section intitulée «Le procès pénal».

99. *Re R. and Grant*, (1973) 13 C.C.C. (2d) 495 (H.C. Ont.), p. 499. La Cour a également décidé que le paragraphe 442(1) ne s'appliquait pas aux enquêtes préliminaires étant donné les pouvoirs particuliers prévus aux alinéas 465(1)*j*) et *k*).

100. *Morgentaler* v. *Fauteux*, [1972] C.A. 219 (Qué.).

101. *Code criminel*, al. 467(1)*b*), modifié par la *Loi de 1985 modifiant le droit pénal*, art. 97. Cependant, un juge de paix peut être investi du pouvoir discrétionnaire de ne pas imposer une interdiction même sur la demande présentée par l'accusé si cette demande est faite pendant et non pas «avant qu'il ne commence à recueillir la preuve» : *R.* c. *Harrison*, [1984] C.S.P. 1158 (Qué.).

102. *R.* v. *Banville*, (1983) 3 C.C.C. (3d) 312 (B.R. N.-B.).

préliminaire, la publication d'un aveu ou d'une confession obtenus *d'autres* sources pourrait constituer un outrage au tribunal en common law si elle avait pour effet de compromettre les chances de tenir un procès équitable[103].

B. Le procès pénal

Les divers moyens par lesquels la publicité qui précède le procès pénal peut être limitée, visent à écarter du processus toutes influences étrangères. Le droit canadien prévoit d'autres procédures lorsque l'on craint que des événements antérieurs au procès ne nuisent à l'intégrité de celui-ci. Ces procédures ne portent pas atteinte au principe de la transparence. Elles visent plutôt à préserver le procès de tout effet néfaste que pourrait entraîner l'application du principe de la transparence sur l'intégrité du processus pénal.

Par exemple, lorsqu'une affaire a suscité l'intérêt général en raison de faits sensationnels ou de la participation présumée de personnes en vue, il peut être difficile de trouver des jurés objectifs, même si la publicité est limitée avant la tenue du procès. Dans ce cas, le paragraphe 527(1) du *Code criminel* permet au poursuivant et à l'accusé de demander au juge de renvoyer l'affaire devant le tribunal d'une autre circonscription territoriale de la même province. L'ordonnance ne peut, en général, être rendue que «si la chose paraît utile aux fins de la justice». D'après l'interprétation donnée à cette expression, le renvoi de l'affaire ne sera ordonné que s'il y a des motifs raisonnables de croire qu'un procès équitable ne saurait avoir lieu, d'ordinaire en raison du degré ou de la nature de la publicité faite à l'affaire avant le procès[104].

Une autre technique consiste simplement à retarder les procédures jusqu'à ce que l'intérêt des médias soit émoussé. Le *Code criminel* contient de vastes pouvoirs d'ajournement qui pourraient être exercés si l'on estime que le caractère équitable du procès est menacé en raison de l'attention que les médias lui consacrent. Le juge de paix qui préside l'enquête préliminaire est habilité à ordonner l'ajournement lorsqu'il y a des motifs suffisants de le faire[105]. Lorsque l'infraction est jugée par procédure sommaire, le procès peut être ajourné pour des périodes d'au plus huit jours à moins que les parties ne s'entendent sur une période plus longue (paragraphe 738(1)). Un procès devant un magistrat ou un juge seul peut être ajourné (article 501) tout comme

---

103. *Steiner* v. *Toronto Star*, (1955) 114 C.C.C. 117 (H.C. Ont.). Une telle publication aurait également contrevenu à la disposition législative codifiant l'infraction prévue par le common law qui était proposée dans le projet de loi C-19 (*supra*, note 9). Voir «l'obstacle aux procédures judiciaires», infraction prévue à l'article 131.11 du *Code criminel*, projet de loi C-19, art. 331. Le projet de loi C-19 n'a pas eu de suite. Une cour supérieure a aussi le pouvoir inhérent d'interdire la publication du plaidoyer de culpabilité de l'accusé pour ne pas nuire au procès d'un coaccusé : *Re Church of Scientology of Toronto and R.*, (1986) 27 C.C.C. (3d) 193 (H.C. Ont.).

104. Voir, par exemple, *R.* v. *Beaudry*, [1966] 3 C.C.C. 51 (C.S. C.-B.); *R.* v. *Turvey*, (1970) 1 C.C.C. (2d) 90 (C.S. N.-É.); *Re Trusz and R.*, (1974) 20 C.C.C. (2d) 239 (H.C. Ont.).

105. *Code criminel*, al. 465(1)*b*). Chaque période peut durer au plus huit jours sauf si les parties s'entendent sur une période plus longue ou si l'accusé est placé sous observation.

un procès devant jury (paragraphe 574(2)). Toutefois, le pouvoir de retarder les procédures est limité par le droit de l'accusé d'être jugé dans un délai raisonnable lequel est garanti par l'alinéa 11*b*) de la Charte[106].

Dans un procès devant jury, il est possible d'éliminer les candidats jurés qui peuvent ne pas être objectifs parce qu'ils ont été influencés par la publicité faite à l'affaire avant le procès. L'alinéa 567(1)*b*) du *Code criminel* permet au poursuivant ou à l'accusé de récuser un juré pour cause de partialité pendant la formation de la liste du jury. Le juré dont on sent qu'il n'est pas [TRADUCTION] «neutre à l'égard de la Reine et de l'accusé» peut être interrogé par l'avocat, et il est «jugé» sur la question de son impartialité par les deux derniers jurés assermentés[107]. Une récusation doit être motivée, elle ne peut être conjecturale. Par conséquent, l'interrogatoire des jurés doit être [TRADUCTION] «pertinent, bref et équitable[108]». Il n'est pas permis ici comme aux États-Unis[109] de procéder à un interrogatoire d'envergure. Cependant, pendant le récent procès du Dr Morgentaler en Ontario, la défense a été autorisée à poser aux candidats jurés des questions directes sur leurs convictions au sujet de l'avortement et sur leur aptitude à juger l'affaire uniquement selon les preuves présentées[110].

La publicité faite *pendant* un procès devant jury peut aussi nuire à la tenue d'un procès équitable si elle parvient jusqu'aux jurés. Si l'on redoute l'effet néfaste de la publicité sur les procédures, le juge peut ordonner que les jurés soient isolés. Ils ne peuvent plus alors communiquer avec d'autres personnes, si ce n'est avec leurs collègues jurés[111].

Conjuguées entre elles ou imposées alternativement, ces mesures constituent des moyens de protéger l'objectivité qui garantit le caractère équitable du procès. Elles ont l'avantage de ne pas limiter l'accessibilité aux procédures pénales ni la publication des débats judiciaires. En revanche, elles peuvent entraîner des dérangements (le renvoi de l'affaire devant le tribunal d'une autre circonscription territoriale), des retards (ajournement des procédures) et des privations pour les participants (isolement des jurés). Ces facteurs doivent être appréciés dans chaque cas.

Outre les diverses mesures pouvant limiter la publicité avant le procès et les différents moyens de préserver le procès de l'influence possible des médias, certaines restrictions peuvent mettre le principe de la transparence en échec pendant la tenue

106. Voir *R.* v. *Antoine*, (1983) 5 C.C.C. (3d) 97 (C.A. Ont.); *Re R. and Beason*, (1983) 7 C.C.C. (3d) 20 (C.A. Ont.).

107. *R.* v. *Hubbert*, (1975) 29 C.C.C. (2d) 279 (C.A. Ont.), p. 293.

108. *Id.*, p. 294.

109. Voir, par exemple, *Press-Enterprise Co.* v. *Superior Court of California*, (1983) 464 U.S. 501, 78 L. Ed. 629, 104 S. Ct. 819 (1983), dans laquelle la sélection des jurés a duré plus de six semaines.

110. On a posé aux candidats jurés les questions suivantes : Avez-vous au sujet de l'avortement des convictions qui vous feraient condamner ou acquitter le prévenu peu importe les preuves produites? Avez-vous déjà une opinion sur la culpabilité ou l'innocence du prévenu? Seriez-vous capable de faire abstraction de vos convictions pour rendre un verdict fondé sur les preuves produites et sur la loi? Voir Kirk Makin, «Potential jurors face morals quiz in Morgentaler's abortion trial», *The Globe and Mail*, le 16 octobre 1984, p. 14, col. 1.

111. *Code Criminel*, par. 576(1) et (2).

d'un procès pénal. Bon nombre servent des intérêts rattachés à la bonne administration de la justice pénale, comme la protection des personnes vulnérables, et des valeurs sociales générales.

Le paragraphe 442(1) du *Code criminel* prévoit un vaste pouvoir discrétionnaire habilitant le juge qui préside les procédures dirigées contre un prévenu à exclure de la salle d'audience l'ensemble ou l'un quelconque des membres du public pour toute ou partie de l'audience. Une telle ordonnance peut être rendue dans l'intérêt de la moralité publique, du maintien de l'ordre ou de la bonne administration de la justice. Malgré l'étendue de ce pouvoir, il a été exercé avec modération[112]. En ce qui concerne la protection de la moralité publique, la jurisprudence a précisé que la décision de prononcer le huis clos en matière pénale devait reposer sur l'examen du type de preuves qui seront produites et non sur la nature de l'infraction[113]. Ce pouvoir ne saurait non plus être exercé pour tirer d'embarras des témoins placés dans la délicate situation d'avoir à déposer au sujet d'une infraction sexuelle dans un procès public[114]. Cependant, dans l'intérêt de la bonne administration de la justice, le huis clos peut être prononcé pour encourager un témoin réticent à faire une déposition en justice[115]. La durée d'une ordonnance de huis clos ne devrait pas dépasser le délai nécessaire pour satisfaire à l'intérêt public précis en jeu dans l'affaire[116]. Du reste, une cour d'appel peut ordonner la tenue d'un nouveau procès si le huis clos a été prononcé sans motif valable[117].

Bien qu'aucun texte législatif n'autorise l'exclusion du public de la salle d'audience pendant la présentation des observations relatives à la sentence, un tribunal d'Alberta a décidé que cette présentation pouvait être effectuée à huis clos dans certaines circonstances[118]. Lorsque l'accès du public aurait pour effet de dissuader une personne de présenter des observations en son propre nom, la cour peut ordonner le huis clos. Il a été décidé que l'équité envers l'accusé est l'une «des valeurs sociales qui ont préséance[119]» et justifient l'atteinte au principe général de la transparence maximale des procédures judiciaires.

On a parfois tenté de faire reconnaître le droit des médias de consulter les pièces produites en preuve au procès en invoquant le fait que la libre accessibilité du public aux procédures judiciaires doit s'appliquer tant à l'aspect oral qu'à l'aspect matériel de ces procédures. Toutefois, certains tribunaux ont refusé de reconnaître que ce dernier aspect était visé par le principe de la transparence. Dans l'affaire *R.* v. *Thomson Newspapers*[120], il a été décidé que les médias n'avaient aucun droit garanti par la Charte

112. Voir *R.* v. *Brint*, (1979) 45 C.C.C. (2d) 560 (C.A. Alb.); *Re Vaudrin and R.*, (1982) 2 C.C.C. (3d) 214 (C.S. C.-B.).

113. *R.* v. *Warawuk*, (1978) 42 C.C.C. (2d) 121 (C.A. Alb.); *Re Cullen and R.*, (1981) 62 C.C.C. (2d) 523 (B.R. Alb.).

114. *R.* v. *Quesnel and Quesnel*, (1979) 51 C.C.C. (2d) 270 (C.A. Ont.).

115. *R.* v. *Warawuk*, *supra*, note 113.

116. *R.* v. *Brint*, *supra*, note 112.

117. *Ibid.*

118. *R.* v. *Parisian*, (1985) 63 A.R. 153 (B.R. Alb.).

119. *MacIntyre*, *supra*, note 71, p. 186.

120. 11 W.C.B. 436, le 8 décembre 1983 (H.C. Ont.), non publié.

de consulter les preuves documentaires produites dans une procédure pénale afin d'en faire une copie ou de les filmer en vue de les publier. Selon la Cour, le droit d'accès du public et des médias aux procédures judiciaires est le simple droit d'assister aux débats judiciaires à titre de spectateurs. Cette position n'est pas sans rappeler la solution retenue au Royaume-Uni où le juge peut exclure le public des salles d'audience lorsqu'une pièce est présentée au jury[121]. Néanmoins, dans un jugement contraire, la Haute Cour de l'Ontario a statué que les médias avaient le droit de diffuser la confession enregistrée sur bande magnétoscopique qui avait été produite en preuve au cours d'un procès pour meurtre[122]. Le juge O'Driscoll a invoqué en ces termes la nécessité de traiter également les médias électroniques et les autres moyens d'information :

> [TRADUCTION]
> Les journaux, la radio et la télévision exploitent tous un moyen de communication qui leur est propre. On peut dire, je suppose, que jusqu'ici la façon de conduire les procès imposait des limitations à la télévision. Il est interdit de téléviser le procès alors que les journaux et la radio peuvent diffuser des comptes rendus des débats judiciaires. La télévision devrait jouir de droits comparables compte tenu de son moyen de communication particulier en ce qui concerne les pièces produites en cour[123].

Les tribunaux sont également investis du pouvoir de contrôler la dissémination des informations contenues dans les pièces même après que l'autorisation d'en faire une copie a été donnée aux médias. Dans l'arrêt *Lortie* c. *La Reine*[124], des enregistrements magnétoscopiques montrant l'accusé participant à une fusillade à l'Assemblée nationale du Québec ont été introduits en preuve au procès de l'accusé. Les médias avaient été autorisés à en faire des copies avant que l'appel de l'accusé ne soit entendu mais le président de l'Assemblée nationale et le ministère public ont présenté une requête pour empêcher les médias de les diffuser. L'accusé a appuyé la position des médias. La Cour d'appel du Québec a néanmoins décidé qu'elle avait le pouvoir de restreindre la diffusion par les médias du contenu des pièces pendant que l'appel formé par l'accusé était en instance. Elle a invoqué les vastes pouvoirs discrétionnaires dont elle est investie pour conduire l'appel et qui sont énoncés dans les règles de pratique[125] et au paragraphe 610(3) du *Code criminel*. Même si l'accusé lui-même a demandé la diffusion des bandes magnétoscopiques, la Cour a statué qu'il était nécessaire de limiter l'activité des médias pour protéger son droit à un procès équitable si jamais la tenue d'un nouveau procès était ordonnée à l'issue de l'appel.

La publication de certains faits et de certaines questions soulevés au cours d'un procès pénal peut être limitée. Par exemple, la cour peut interdire la publication du fait qu'un renvoi de l'affaire dans une autre circonscription territoriale a été demandé. Cette ordonnance demeure habituellement en vigueur jusqu'à la fin du procès ou jusqu'à ce

---

121. *R.* v. *Waterfield*, [1975] 2 All E.R. 40 (C.A.).

122. *R.* v. *Priemski*, le 11 mars 1986 (H.C. Ont.), non publié.

123. *Id.*, p. 4. On n'y fait aucunement allusion à l'affaire *R.* v. *Thomson Newspapers*, *supra*, note 120.

124. [1985] C.A. 451 (Qué.) [ci-après *Lortie*].

125. *Règles de procédure de la Cour d'appel du Québec en matière criminelle*, TR/83-107, art. 58.

que le renvoi de l'affaire soit ordonné[126]. En prenant connaissance de ce fait, les candidats jurés risquent de conclure que le prévenu croit que la collectivité est partiale à son sujet, ce qui, en soi, peut suffire à faire naître des sentiments hostiles à l'égard de l'accusé dans la collectivité.

Pour faire en sorte que les jurés ne prennent pas connaissance de preuves inadmissibles, l'article 576.1 du *Code criminel* interdit formellement de publier des renseignements au sujet des procédures judiciaires ayant eu lieu en l'absence du jury. Bien entendu, cette interdiction ne s'applique que si le jury n'a pas été protégé des comptes rendus des médias par l'isolement. Cependant, le manquement à cette disposition ne donne pas automatiquement à l'accusé le droit à un nouveau procès. L'accusé doit d'abord démontrer que la publication a entraîné une erreur judiciaire[127]. En outre, pour protéger l'identité des personnes innocentes, une interdiction permanente de publier peut être prononcée à l'égard des noms révélés au cours d'un voir-dire[128] dans des circonstances similaires aux procédures intentées contre des personnes accusées de chantage, étant donné que les victimes d'un chantage sont protégées en common law[129].

Les interdictions de publication frappant les procédures judiciaires visent d'ordinaire, comme certaines restrictions antérieures au procès, à empêcher que certaines informations préjudiciables ne soient communiquées aux jurés et ne les influencent. D'autres dispositions ont pour objet de protéger différents intérêts de la société. Par exemple, il est formellement interdit de publier «relativement à une procédure judiciaire, toute matière indécente ou tout détail médical, chirurgical ou physiologique indécent ... de nature à offenser la morale publique[130]». L'interdiction ne s'applique pas aux recueils de jurisprudence ni aux autres publications professionnelles en vertu des sous-alinéas 162(4)c)(i) et (ii). À l'évidence, cette disposition ne vise pas à assurer le caractère équitable du procès mais à protéger la moralité publique.

Le paragraphe 442(3) du *Code criminel* permet actuellement que l'identité du plaignant soit tenue secrète en matière d'infractions sexuelles. Cette disposition vise deux objectifs. En premier lieu, elle protège les personnes innocentes contre toute publicité parce que cette situation peut être très pénible pour elles et même faire obstacle à la reprise de leur activité normale à l'abri des regards indiscrets du public. En second lieu, lorsqu'elles sont protégées de la publicité, les victimes dénoncent plus volontiers les crimes et viennent plus facilement faire les dépositions nécessaires au procès. La non-divulgation de l'identité des plaignants en matière d'infractions sexuelles préserve leur dignité dans le système de justice pénale et assure la poursuite des infractions sexuelles. Cependant, en dépit de la reconnaissance du bien-fondé du

126. *Re Southam Inc. and R. (No. 2)*, (1982) 70 C.C.C. (2d) 264 (H.C. Ont.), p. 266.

127. *R.* v. *Demeter*, (1975) 25 C.C.C. (2d) 417 (C.A. Ont.).

128. *Toronto Sun Publishing Corp.* v. *A.G. Alta.*, [1985] 6 W.W.R. 36 (C.A. Alb.) [ci-après *Toronto Sun Publishing Corp.*].

129. Voir, par exemple, *R.* v. *Socialist Worker Printers and Publishers Ltd.*, [1975] Q.B. 637.

130. *Code criminel*, al. 162(1)*a*). Le projet de loi C-114 intitulé Loi modifiant le Code criminel et le Tarif des douanes, 1re session, 33e législature, 1984-85-86 (première lecture le 10 juin 1986) aurait abrogé l'article 162 mais ce projet de loi n'a pas eu de suite.

paragraphe 442(3), la Cour d'appel de l'Ontario a décidé que la prescription impérative contenue dans la disposition porte atteinte à la liberté de la presse garantie par la Charte[131]. L'ordonnance de non-publication *doit* être rendue en application du paragraphe 442(3) si le plaignant ou le poursuivant le demande. La Cour estime que la valeur sociale protégée par cette disposition prédomine. Pourtant, la Cour est aussi d'avis que la publication du nom du plaignant peut, dans un nombre restreint de cas, être souhaitable; lorsque le plaignant a déjà porté de fausses accusations, par exemple. Dans ce cas, la publication du nom du plaignant peut inciter des témoins détenant des renseignements utiles à se faire connaître. Pour ces motifs, le juge qui préside la procédure devrait être investi d'un pouvoir discrétionnaire sans être tenu de rendre une ordonnance chaque fois que le plaignant ou le poursuivant en fait la demande[132].

D'autres dispositions du *Code criminel* visent un objectif similaire à celui du paragraphe 442(3). Selon le paragraphe 246.6(3), le public doit être exclu du voir-dire tenu pour décider de l'admissibilité du comportement sexuel du plaignant et suivant le paragraphe 246.6(4), il est interdit de diffuser tout renseignement relatif à cette procédure. Ces dispositions évitent au plaignant d'avoir à faire une déposition en public au sujet de questions extrêmement personnelles. Les renseignements divulgués sont sous le coup d'une interdiction de publication jusqu'à ce qu'une décision déclare ce témoignage pertinent et admissible. Mais même avec ces garanties, les plaignants peuvent hésiter à témoigner par crainte ou par gêne. Toutefois, il n'appartient pas au tribunal d'accorder au plaignant d'autres protections, telle l'exclusion du public de la salle d'audience, sauf s'il est clairement démontré que des personnes qui assistent aux débats intimident le témoin[133]. Le plaignant ne saurait non plus être dispensé de témoigner par crainte de représailles[134].

Dans certaines circonstances, les tribunaux ont protégé l'identité de personnes autres que les plaignants en matière d'infractions sexuelles lorsqu'il a été démontré que l'intérêt général justifiait cette protection. Citons le privilège reconnu depuis longtemps en common law qui protège l'anonymat des indicateurs. Les tribunaux ont reconnu que les exigences d'une mise en application efficace de la loi justifiaient ce privilège[135]. L'identité des détenus qui témoignent contre des codétenus est protégée de façon similaire[136]. Les plaignants victimes de chantage sont également protégés en common law pour mieux satisfaire aux exigences de la poursuite des maîtres chanteurs[137]. Donc les tribunaux se sont montrés disposés à protéger des témoins autres que les plaignants en matière d'infractions sexuelles lorsque l'intérêt général exige qu'ils soient entendus,

---

131. *Canadian Newspapers Co.* v. *A.G. Canada*, (1985) 49 O.R. (2d) 557 (C.A.), autorisation de pourvoi accordée le 24 avril 1985.

132. *Id.*, p. 581.

133. *Re Vaudrin and R.*, *supra*, note 112.

134. *R.* v. *X.*, (1983) 8 C.C.C. (3d) 87 (H.C. Ont.).

135. Pour une discussion de l'historique et du fondement juridique du privilège, voir *Bisaillon* c. *Keable*, [1983] 2 R.C.S. 60, p. 84-100 [ci-après *Bisaillon*].

136. *R.* v. *McArthur*, (1984) 13 C.C.C. (3d) 152 (H.C. Ont.).

137. Voir *Toronto Sun Publishing Corp.*, *supra*, note 128; *R.* v. *Socialist Worker Printers and Publishers Ltd.*, *supra*, note 129.

surtout si leur sécurité physique est menacée. En revanche, les tribunaux sont réticents à protéger les témoins qui sont simplement gênés par la publication de leur nom dans la presse[138].

La question de savoir si le nom d'un accusé peut être gardé confidentiel s'est posée dans de nombreux cas récents. Aucun texte législatif ne permet aux tribunaux de rendre une ordonnance de non-publication relative au nom de l'accusé mais certains tribunaux estiment qu'ils sont investis de ce pouvoir extraordinaire en vertu de la juridiction inhérente de la cour supérieure[139]. Toutefois, des tribunaux ont récemment invoqué le droit à l'égalité garanti par la Charte pour justifier la protection de l'identité des personnes accusées d'agression sexuelle. Selon l'argumentation du juge Potts dans l'affaire *R.* v. *R.*[140], comme le nom du plaignant est confidentiel en application du paragraphe 442(3) du *Code criminel*, l'identité de l'accusé devrait aussi être protégée au moins jusqu'à ce qu'il soit déclaré coupable. Comme l'accusé a été acquitté en l'espèce, l'interdiction de publication est permanente[141].

La Cour d'appel de l'Ontario a émis des doutes sur le pouvoir inhérent des cours supérieures de protéger l'identité de l'accusé. Elle a décidé que ce pouvoir ne peut être exercé que pour [TRADUCTION] «aider les tribunaux inférieurs à administrer la justice pleinement et efficacement[142]». Selon cette théorie, les tribunaux pourraient protéger l'identité des témoins vulnérables, tels les détenus[143], lorsque le procès ne peut avoir lieu sans leur témoignage. Cependant, ils ne devraient pas protéger les accusés car les effets néfastes de la publicité sont d'ordinaire strictement personnels, par exemple la gêne ou la perte d'un emploi pour eux ou leur famille[144].

À l'heure actuelle, le *Code criminel* ne prévoit aucun régime officiel réglementant la diffusion par les médias des informations relatives au processus pénal. Cependant, certaines règles provinciales précisent les types d'activités permises dans les salles d'audience ou près d'elles. En Ontario, la *Loi de 1984 sur les tribunaux judiciaires* dispose ce qui suit à l'article 146 :

> **146.** (1) Sous réserve des paragraphes (2) et (3), nul ne peut :
>
> a) photographier, filmer, enregistrer avec un magnétophone, ou procéder à d'autres enregistrements susceptibles de reproduction sonore ou visuelle, par procédé électronique ou autre, ou tenter de ce faire :
>
> (i) tout ou partie d'une audience d'un tribunal,

138. *F.P. Publications (Western) Ltd.* v. *Conner*, [1980] 1 W.W.R. 504 (C.A. Man.).

139. *R.* v. *P.*, (1978) 41 C.C.C. (2d) 377 (H.C. Ont.); *R.* v. *P.*; *R.* v. *Di Paola*, (1978) 43 C.C.C. (2d) 197 (H.C. Ont.); *Re R. and Several Unnamed Persons*, (1983) 8 C.C.C. (3d) 528 (H.C. Ont.).

140. (1986) 28 C.C.C. (3d) 188 (H.C. Ont.). Voir aussi *R.* v. *C.E.H. (No. 2)*, 14 W.C.B. 473, le 19 août 1985 (C. Prov. Ont.), non publié.

141. Au Royaume-Uni, les personnes accusées d'avoir commis un viol ne peuvent être identifiées par les médias tant qu'elles n'ont pas été condamnées, à moins que le prévenu n'obtienne l'autorisation du tribunal de lever l'interdiction : *Sexual Offences (Amendment) Act, 1976*, (R.-U.) 1976, chap. 82, art. 6.

142. *Re R. and Unnamed Person*, (1985) 22 C.C.C. (3d) 284 (C.A. Ont.), p. 287.

143. Voir *R.* v. *McArthur*, *supra*, note 136.

144. *Re R. and Unnamed Person*, *supra*, note 142, p. 285.

(ii) quiconque entre dans la salle où se tient ou doit se tenir l'audience, ou en sort,

(iii) quiconque se trouve dans l'édifice où se tient ou doit se tenir l'audience, s'il existe des motifs valables de croire qu'il se rend à la salle d'audience ou la quitte;

b) publier, diffuser, reproduire ou distribuer autrement une photographie prise ou un film, une cassette ou un enregistrement fait en contravention avec l'alinéa a).

(2) Le paragraphe (1) n'empêche pas :

a) une personne de prendre des notes par écrit ou de faire des croquis discrètement, au cours de l'audience;

b) un procureur ou la partie qui agit en son propre nom de faire, discrètement, un enregistrement sonore au cours de l'audience qui ne sert que pour le litige et qui remplace ses notes.

(3) Le paragraphe (1) ne s'applique pas à la photographie, au film, à la cassette ni à l'enregistrement fait avec l'autorisation du juge :

a) pour une fin reliée à l'audience, et notamment pour l'administration de la preuve ou pour servir d'archives;

b) dans le cadre d'une cérémonie d'assermentation ou de naturalisation ou d'une cérémonie ayant un caractère semblable;

c) pour des fins éducatives approuvées par le juge, avec le consentement des parties et des témoins.

(4) Quiconque contrevient au présent article est coupable d'une infraction et passible, sur déclaration de culpabilité, d'une amende d'au plus 10 000 $ et d'un emprisonnement d'au plus six mois, ou de l'une seule de ces peines[145].

Bien que cette disposition permette, en théorie, la diffusion au moyen d'un procédé électronique des débats d'un procès pénal, en pratique, très peu de diffusions ont été effectuées en Ontario[146] parce qu'il faut obtenir le consentement du juge, de toutes les parties et de tous les témoins concernés. Récemment, un journaliste accusé en application de la disposition que remplace l'article 146[147], d'avoir filmé dans une salle d'audience, a prétendu que cette limitation de l'activité des médias électroniques portait atteinte à la liberté de la presse garantie par la Constitution. La Cour a décidé que la Charte ne protège pas le droit des médias électroniques de filmer les débats judiciaires ni les autres procédures se déroulant dans une salle d'audience. Même si la Charte garantissait cette activité, la Cour a estimé que les limitations énoncées dans la loi ontarienne étaient justifiables conformément aux critères précisés à l'article 1 de la Charte[148].

Dans la province de Québec, la question est résolue par les règles de pratique de la Cour supérieure et de la Cour des sessions de la paix. L'article 30 des règles de la Cour des sessions de la paix porte ce qui suit :

---

145. L.O. 1984, chap. 11.

146. Seulement deux procédures ont été diffusées en vertu de la disposition remplacée par l'article 146. Voir *R.* v. *Squires*, *supra*, note 28, p. 332-333.

147. *Loi sur l'organisation judiciaire*, L.R.O. 1980, chap. 223, al. 67(2)a).

148. *R.* v. *Squires*, *supra*, note 28, p. 344-352 et 353-369. Voir James W. O'Reilly, «Annotation to *R.* v. *Squires*», (1986) 50 *C.R.* 321, pour une discussion des questions relatives à la Charte soulevées dans cette affaire.

30. La lecture des journaux, la photographie, la prise de croquis, la cinématographie, la radiodiffusion et la télévision sont prohibées à l'audience[149].

Les règles de la Cour supérieure comportent une disposition similaire sans interdire expressément la prise de croquis[150].

C. Les adolescents

Bien que le présent document n'aborde pas directement les procès d'adolescents, il est nécessaire à des fins de comparaison d'en discuter certains traits. En vertu du paragraphe 12(1) de la *Loi sur les jeunes délinquants*[151] aujourd'hui abrogée, le procès d'un adolescent se déroulait à huis clos[152]. L'adoption de la Charte et, plus tard, celle de la *Loi sur les jeunes contrevenants* ont changé la situation. La validité constitutionnelle de l'exclusion générale du public exigée au paragraphe 12(1) de la *Loi sur les jeunes délinquants* a été contestée au motif que cette disposition portait atteinte à la liberté de la presse garantie par la Charte parce qu'elle empêchait les médias d'assister aux procès d'adolescents et donc d'en faire un compte rendu. La Cour d'appel de l'Ontario a décidé que la restriction était trop large et ne pouvait se justifier dans le cadre d'une société libre et démocratique[153]. Elle a statué que la limitation énoncée dans la *Loi sur les jeunes délinquants* reposait sur des motifs rationnels mais que l'exclusion formelle du public ne pouvait être justifiée dans tous les cas.

La disposition correspondante de la *Loi sur les jeunes contrevenants* autorise les tribunaux pour adolescents à exclure de la salle d'audience toute personne dont la présence n'est pas nécessaire à la conduite des procédures lorsque les preuves qui lui sont présentées auraient un effet néfaste pour l'adolescent poursuivi, appelé comme témoin ou victime de l'infraction. Une ordonnance d'exclusion peut également être rendue lorsque les bonnes mœurs, le maintien de l'ordre ou la saine administration de la justice l'exigent, comme il est précisé au paragraphe 442(1) du *Code criminel*. Contrairement à la *Loi sur les jeunes délinquants* donc, l'exclusion du public des procédures intentées en vertu de la *Loi sur les jeunes contrevenants* est discrétionnaire plutôt qu'obligatoire. Dans l'arrêt *Re Southam Inc. and R. (No. 1)*, le juge d'appel MacKinnon a préféré cette solution à l'exclusion générale du public. Déclarant inopérant le paragraphe 12(1) de la *Loi sur les jeunes délinquants*, il a déclaré ce qui suit :

> [TRADUCTION]
> Une modification habilitant le tribunal à exclure le public des poursuites intentées devant un tribunal pour adolescents lorsque celui-ci estime que, dans les circonstances, il est dans l'intérêt de l'enfant ou des autres personnes concernées ou dans l'intérêt de l'administration

149. *Règles de pratique de la Cour des sessions de la paix du Québec, juridiction pénale et criminelle*, TR/81-32.

150. *Règles de pratique de la Cour supérieure du Québec, chambre criminelle*, TR/74-53, art. 5.

151. S.R.C. 1970, chap. J-3, abrogée par la *Loi sur les jeunes contrevenants*, S.C. 1980-81-82-83, chap. 110, art. 80 [ci-après *Loi sur les jeunes contrevenants*].

152. Voir *C.B. c. La Reine*, [1981] 2 R.C.S. 480.

153. *Re Southam Inc. and R. (No. 1)*, *supra*, note 28.

de la justice de prononcer le huis clos, suffirait à apaiser toute crainte qu'inspirerait encore l'annulation de la disposition ... Le Parlement peut accorder au tribunal le pouvoir discrétionnaire voulu que celui-ci exercera de façon ponctuelle, ce qui, à mon avis, serait une limite éventuelle raisonnable du droit garanti par la Constitution dont la justification serait démontrable[154].

Après la proclamation de la *Loi sur les jeunes contrevenants*, le pouvoir discrétionnaire d'exclure le public des salles d'audience a lui-même été contesté au motif qu'il était incompatible avec la liberté de la presse garantie par la Charte. Dans l'affaire *Re Southam Inc. and R.*[155], la Haute Cour de l'Ontario a examiné les conséquences que pourraient avoir des procédures tout à fait publiques sur les adolescents poursuivis, appelés comme témoins ou victimes de l'infraction. Elle a conclu que le pouvoir discrétionnaire prévu à la *Loi sur les jeunes contrevenants* constituait une limite raisonnable à la liberté de la presse protégée par la Charte.

Dans l'affaire *Re Southam Inc. and R.*, la question de savoir si l'interdiction absolue d'identifier les adolescents poursuivis, appelés à témoigner ou victimes de l'infraction, prévue dans la *Loi sur les jeunes contrevenants*, enfreignait les dispositions de la Charte, a aussi été soulevée. Le paragraphe 38(1) de la Loi incrimine la diffusion d'un compte rendu d'une infraction ou d'une procédure judiciaire faisant état du nom de l'adolescent. Toute formelle qu'elle soit, cette interdiction a été considérée comme une limite raisonnable de la liberté de la presse car elle ne restreint pas l'activité de la presse. Elle empêche tout au plus la publication d'un seul renseignement : le nom de l'adolescent poursuivi. Il avait été décidé que le paragraphe 12(3) de la *Loi sur les jeunes délinquants*, qui fait pendant au paragraphe 38(1), constituait une limite raisonnable en application de la Charte[156].

Des modifications récemment apportées à la *Loi sur les jeunes contrevenants*[157] prévoient des exceptions à la règle générale de la non-divulgation de l'identité de l'adolescent poursuivi, appelé à témoigner ou victime de l'infraction. En premier lieu, la divulgation du nom d'un adolescent pousuivi est permise si le principal objectif n'est pas d'identifier l'adolescent mais plutôt de faciliter l'administration de la justice, par exemple d'annoncer qu'un crime a été commis. En second lieu, le tribunal pour adolescents peut rendre une ordonnance autorisant l'identification d'un adolescent si celui-ci est en liberté et qu'il est considéré dangereux. Enfin, le tribunal pour adolescents peut prendre une ordonnance autorisant la diffusion du nom d'un adolescent si celui-ci en a fait la demande et si le tribunal est convaincu que l'ordonnance n'est pas contraire aux intérêts de l'adolescent[158].

Dans toutes les poursuites intentées en application de la Charte et relatives aux adolescents, les tribunaux ont tenu compte de la situation particulière de l'adolescent

---

154. *Supra*, note 28, p. 536.

155. *Supra*, note 28.

156. *R. v. T.R. (No. 1)*, (1984) 10 C.C.C. (3d) 481 (B.R. Alb.).

157. S.C. 1986, chap. 32, proclamée le 1er septembre 1986.

158. S.C. 1986, chap. 32, par. 29(3), qui promulgue respectivement les paragraphes 38(1.1), 38(1.2) et 38 (1.4) de la Loi.

poursuivi pour décider du caractère raisonnable des limites législatives restreignant l'accès aux procédures ou à l'information concernant ces adolescents. Le témoignage d'experts, comme les psychologues et les travailleurs sociaux, a été admis[159] pour déterminer quelles limitations étaient, le cas échéant, nécessaires pour atteindre les objectifs de la législation concernée. Un traitement spécial et, donc, des règles spéciales d'accessibilité sont justifiés dans ces cas en raison de l'intérêt considérable pour la société de réhabiliter les jeunes contrevenants en réduisant au minimum les conséquences et l'opprobre résultant de leurs démêlés avec la justice.

159. Voir, par exemple, *Re Southam Inc. and R.*, *supra*, note 28, p. 687-692.

CHAPITRE TROIS

La réforme des règles du droit actuelles

I. La nécessité d'une réforme

Le principe de la transparence a été tenu en échec surtout de façon ponctuelle pour écarter les dangers ou les conséquences néfastes redoutés d'une accessibilité inconditionnelle aux procédures pénales ou de la liberté absolue d'en rendre compte. Dans l'ensemble, ces limitations visent trois objectifs généraux : (1) la protection des personnes vulnérables, comme les victimes de crime, les témoins ou les accusés, (2) l'assurance que le processus pénal se déroulera sans ingérence de certains éléments au sein des tribunaux ni influences étrangères et (3) la protection d'autres intérêts sociaux, telles la moralité publique ou l'application efficace de la loi. Ces catégories ne sont absolument pas étanches. Les mesures prises pour préserver l'intégrité du procès, par exemple, protègent souvent les intérêts de l'accusé et de la société dans son ensemble.

En raison de l'historique du concept de la transparence et des atteintes répétées dont il a fait l'objet et que nous avons évoquées au premier chapitre, les règles actuelles du droit en la matière au Canada sont difficiles à préciser et elles ne sont pas aussi logiques qu'elles le devraient. On n'a jamais entrepris une étude visant à déterminer l'importance de l'accès du public aux procédures pénales qui soit exhaustive et qui s'appuie sur des principes.

Si l'évolution des règles du droit actuelles n'était pas une raison suffisante pour nous inciter à en examiner les mérites et les lacunes, l'existence même de la Charte rendrait cette investigation obligatoire. Comme nous l'avons vu dans le chapitre précédent, la jurisprudence élaborée en application de la Charte nous enseigne que de nombreuses limitations générales de l'accès du public et de la liberté de la presse ne sont plus tolérables. Il faut des solutions mieux adaptées aux intérêts qui méritent d'être protégés. La Charte nous oblige d'une part, à identifier ces intérêts et d'autre part, à formuler des régimes de protection qui ne portent atteinte aux droits garantis par elle que dans la mesure où ils constituent des limites raisonnables dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique.

L'un des principes directeurs sur lesquels sont fondées nos recommandations est la nécessité d'élaborer des règles logiques et claires dans ce domaine en raison surtout des conséquences sur le plan constitutionnel de toute atteinte portée au droit d'accès du

public. Dans nos propositions de réforme, nous avons tenu compte de la jurisprudence élaborée sous le régime de la Charte et relative aux atteintes portées à la liberté d'expression. Dans la décision *Re Ontario Film and Video Appreciation Society and Ontario Board of Censors* rendue par la Cour divisionnaire de l'Ontario et confirmée par la Cour d'appel, il a été décidé que les limites imposées aux droits garantis par la Constitution devaient satisfaire aux critères suivants afin de respecter les exigences de l'article 1 de la Charte, lequel précise que ces droits ne peuvent être restreints que par une «règle de droit» :

> [TRADUCTION]
> La règle de droit ne peut être vague, mal définie ni entièrement discrétionnaire; elle doit être vérifiable et compréhensible. Toute limite restreignant la liberté d'expression ne peut être laissée à la fantaisie d'un fonctionnaire; de telles limites doivent être formulées avec une certaine précision, faute de quoi elles ne peuvent pas être considérées comme une règle de droit[160].

Certaines dispositions législatives concernant la transparence dans les procédures pénales peuvent, en raison de leur ambiguïté et de l'étendue du pouvoir discrétionnaire qu'elles accordent, contrevenir aux exigences de l'article 1. Récemment, la Cour suprême du Canada a donné des précisions sur les autres exigences de cette disposition. Dans l'arrêt *R.* c. *Oakes*[161], le juge en chef Dickson a formulé des critères pour déterminer si les limitations restreignant les droits garantis par la Charte pouvaient être considérées comme raisonnables et justifiables dans le cadre d'une société libre et démocratique. Il estime que la partie qui cherche à limiter les droits garantis par la Constitution doit supporter une charge très lourde. Il faut démontrer à l'aide d'une preuve «forte et persuasive» que l'article 1 est respecté selon «un degré très élevé de probabilité». Une limitation sera maintenue sous le régime de l'article 1 seulement si son objectif «se rapporte à des préoccupations urgentes et réelles dans une société libre et démocratique» et que les «moyens choisis sont raisonnables et que leur justification peut se démontrer». Pour satisfaire à ce dernier critère, il faut prouver que la limitation a un «lien rationnel avec l'objectif en question» et que les moyens choisis sont de nature à porter «le moins possible[162]» atteinte au droit ou à la liberté en question en plus d'y avoir proportionnalité entre les effets des mesures restreignant un droit ou une liberté et leur objectif.

Nous reconnaissons, comme bon nombre des jugements relatifs à la Charte jusqu'ici, que les mesures limitant l'accès aux procédures pénales ou restreignant la possibilité d'en communiquer un compte rendu, constituent des limites à la liberté d'expression ou à celle de la presse. C'est donc l'une des premières fois que la Commission est obligée pour élaborer ses recommandations de s'appuyer non pas seulement sur les droits substantifs garantis par la Charte mais sur l'étendue des limitations pouvant être apportées à ces droits. Nécessairement, nous devons nous inspirer de l'interprétation judiciaire du sens et du contenu de l'article 1 de la Charte.

---

160. (1983) 41 O.R. (2d) 583 (C. div.), p. 592, conf. (1984) 45 O.R. (2d) 80 (C.A.).

161. [1986] 1 R.C.S. 103 [ci-après *Oakes*].

162. *Id.*, p. 138-139, citant *R.* c. *Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295, p. 352.

Le plus récent critère faisant autorité à l'égard de cette disposition a été dégagé dans l'affaire *Oakes*. Il doit guider l'appréciation de la nécessité et du caractère raisonnable des limitations apportées à l'accès aux procédures pénales.

Les interdictions de publication et les ordonnances d'exclusion du public des salles d'audience que nous proposons ne donnent pas ouverture à des droits d'appel particuliers. La révision judiciaire exercée par le truchement des brefs de prérogative sera possible dans certains cas conformément aux règles du droit actuelles[163]. La question de la pertinence des pouvoirs de révision judiciaire sera abordée dans un prochain document sur les recours extraordinaires. Outre les brefs de prérogative, les dispositions correctives de la Charte pourront être invoquées pour contrôler la constitutionnalité d'une interdiction de publication ou d'une ordonnance d'exclusion. D'après l'évolution de la jurisprudence rendue en application de la Charte, les médias peuvent faire valoir les dispositions de celle-ci lorsqu'une telle ordonnance est rendue au cours d'une procédure pénale[164].

II. Recommandations et commentaires

A. Généralités

RECOMMANDATION

Le regroupement des dispositions de la loi

1. Les dispositions relatives à l'accès du public aux procédures pénales devraient être regroupées dans un chapitre distinct du *Code criminel*.

Commentaire

À l'heure actuelle, aucun principe logique ne préside à l'organisation des dispositions relatives à la transparence des procédures pénales prévues dans le *Code criminel* (voir l'annexe, *infra*). Cette situation augmente la difficulté qu'éprouvent le public en général et les journalistes en particulier à déterminer s'ils ont le droit d'assister aux procédures pénales ou de communiquer certaines informations s'y rapportant. L'expression «accès du public aux procédures pénales» vise l'aptitude du

163. Par exemple, l'affaire *Re Southam Inc. and R.*, *supra*, note 28, a commencé par une demande de *mandamus*.

164. Voir, par exemple, *Canadian Newspapers Co.* v. *A.G. Canada*, *supra*, note 131, affaire dans laquelle les médias n'ont pas été autorisés à intervenir dans une cause pénale en instance. On leur a cependant accordé le droit de présenter au juge de première instance, sous le régime des règles de pratique civiles, une demande tendant à obtenir une déclaration selon laquelle le paragraphe 442(3) était inconstitutionnel et d'interjeter appel de la décision rendue devant la Cour d'appel en invoquant les dispositions de la Charte.

public et des représentants des médias à recueillir et à diffuser des renseignements relatifs au processus pénal grâce à la consultation du dossier de la cour ou à l'accès aux salles d'audience.

Dans la présente recommandation, comme dans celles qui suivent, nous parlons simplement du «public» sans faire expressément référence aux droits des médias. Nous estimons que ceux-ci ne devraient pas jouir de plus de droits que les autres citoyens en ce qui concerne l'accès aux salles d'audience ou la communication d'informations ou d'opinions sur les procédures pénales. Selon nous, les médias se substituent au public, et bien que ce rôle soit spécial dans une société démocratique, il ne doit pas et ne devrait pas, à notre avis, conférer aux médias un statut juridique particulier.

Ce statut juridique particulier susciterait aussi certaines difficultés sur le plan pratique. Il faudrait définir les «médias». Évidemment, toute définition devrait viser les journalistes professionnels. Qu'en serait-il des auteurs, des éditeurs des recueils de jurisprudence ou des étudiants qui signent des articles pour le journal de leur école? La difficulté de déterminer avec précision ce que recouvre cette notion indique peut-être qu'il vaut mieux ne pas s'y hasarder. Chacun de nous devrait jouir de la même liberté d'exprimer des idées et des opinions sur le processus pénal. Par conséquent, la Commission considère que tous les citoyens doivent être traités de la même façon dans ce domaine.

Les dispositions pertinentes se retrouvent présentement dans six parties différentes du *Code criminel*[165]. Des articles qui logiquement devraient être regroupés, parce qu'ils visent le même genre de procédure ou protègent les mêmes droits, sont disséminés dans le *Code criminel*. Si ces irrégularités de forme n'ont probablement aucune incidence constitutionnelle, une présentation plus logique pourrait, en soi, rendre la règle de droit plus [TRADUCTION] «vérifiable et compréhensible[166]».

RECOMMANDATION

La présomption de transparence

2. Sous réserve seulement de limites précises énoncées dans les présentes recommandations, le *Code criminel* devrait prévoir que toutes les procédures pénales comportant l'exercice de pouvoirs judiciaires se déroulent en audience publique. Il devrait en outre préciser que le public peut consulter les documents versés au dossier de la cour qui sont relatifs à ces procédures et qu'il est permis de communiquer l'information relative à ces procédures et à ces documents.

---

165. Voir *Code criminel*, Partie IV (Infractions d'ordre sexuel, actes contraires aux bonnes mœurs, inconduite), al. 162(1)*a*); Partie VI (Infractions contre la personne et la réputation), par. 246.6(3) et (4); Partie XIII (Procédure et pouvoirs spéciaux), par. 442(1) et (3), art. 443.2; Partie XIV (Mesures concernant la comparution d'un prévenu devant un juge de paix et la mise en liberté provisoire), art. 457.2; Partie XV (Procédure à l'enquête préliminaire), par. 467(1) et par. 470(1); Partie XVII (Procédure lors d'un procès devant jury et dispositions générales), art 576.1.

166. Voir *Re Ontario Film and Video Appreciation Society and Ontario Board of Censors*, *supra*, note 160, p. 592.

Commentaire

Le paragraphe 442(1) du *Code* actuel porte que «[l]es procédures dirigées contre un prévenu doivent avoir lieu en audience publique ...». Selon nous, il faudrait étendre la présomption de transparence à toutes les procédures judiciaires du processus pénal et ne pas la limiter aux «procédures dirigées contre un prévenu». La présomption serait ainsi applicable aux procédures qui précèdent le procès, de même qu'au procès pénal et à l'appel, sous réserve bien entendu des exceptions expressément reconnues. En outre, nous proposons d'autoriser clairement l'accès général aux informations relatives à ces procédures judiciaires pour que le public soit mis au courant de l'activité des agents publics qui participent au processus pénal. Cette présomption favoriserait donc une surveillance complète tant de l'exercice des pouvoirs judiciaires que des pouvoirs conférés à d'autres personnes par les juges (par exemple la délivrance et l'exécution des actes de procédure émanant du tribunal) grâce à la consultation des dossiers de la cour. Enfin, nous sommes d'avis qu'il faut préciser que la diffusion d'informations sur le processus pénal est aussi visée par la présomption de transparence.

Cette recommandation a suscité beaucoup de commentaires pendant les consultations. Pourtant, elle reprend simplement la présomption de transparence prévue dans le common law et formulée par la Cour suprême du Canada dans l'affaire *MacIntyre*[167]. Il convient toutefois de préciser que la discussion a porté surtout sur l'application de la présomption à des procédures et à des cas précis et non sur la présomption elle-même. Les recommandations qui suivent sont en grande partie consacrées à l'application de la présomption.

Selon nous, cette présomption devrait être intégrée au *Code criminel* pour deux raisons. En premier lieu, il serait clair que seules les limitations expressément prescrites (c'est-à-dire «par une règle de droit» pour reprendre les termes de l'article 1 de la Charte) seraient reconnues en droit. Autrement dit, les pouvoirs prévus par le common law pour interdire la publication ou autrement limiter la transparence seraient abolis. En second lieu, notre recommandation indiquerait aux juges que la transparence constitue une valeur sociale importante qui ne peut être écartée que lorsque la loi le permet expressément.

RECOMMANDATION

L'interdiction obligatoire de publication

3. Il ne devrait subsister dans le *Code criminel* aucune interdiction de publication qui soit obligatoire.

---

167. *Supra*, note 71.

Commentaire

Par l'expression «interdiction de publication obligatoire», nous entendons les interdictions qui sont prononcées de droit à la demande de l'une des parties. Nous proposons de supprimer toutes les interdictions de ce genre prévues dans le *Code criminel*. L'une d'elles a déjà été déclarée incompatible avec les dispositions de la Charte, à savoir celle qui permettait de prohiber impérativement la publication ou la diffusion de l'identité du plaignant en matière d'infractions sexuelles[168]. Le *Code criminel* comporte deux autres dispositions similaires. L'article 457.2 oblige le juge de paix à rendre une ordonnance de non-publication relative aux procédures de mise en liberté provisoire par voie judiciaire si le prévenu en fait la demande. En vertu de l'article 467, le juge de paix est tenu d'interdire la publication de la preuve recueillie pendant l'enquête préliminaire à la demande du prévenu. Nous estimons que le juge ou le juge de paix devraient toujours pouvoir refuser de rendre une ordonnance limitant la transparence lorsque la nécessité n'en a pas été démontrée. Nos recommandations reflètent cette position en ce qui concerne la mise en liberté provisoire par voie judiciaire (recommandation 14) et l'enquête préliminaire (recommandation 15).

RECOMMANDATION

La moralité publique

4. Nulle exclusion de la salle d'audience où se déroulent des procédures pénales ni interdiction de publication ne devraient être prononcées pour protéger la moralité publique.

Commentaire

Nous ne proposons ni pouvoir d'exclure le public des salles d'audience ni pouvoir d'interdire la publication d'informations en vue de protéger la «moralité publique». À l'heure actuelle, le public peut être exclu d'une procédure pénale pour ces motifs suivant le paragraphe 442(1) du *Code criminel* et les médias ne peuvent diffuser aucune matière indécente relative à une procédure judiciaire si elle est de «nature à offenser la morale publique» aux termes de l'alinéa 162(1)*a*). Nous souscrivons à l'opinion selon laquelle en ce qui concerne les infractions sexuelles [TRADUCTION] «ce ne peut être que par souci de moralité publique que l'on fait savoir que les auteurs de telles infractions sont poursuivis en justice[169]». Le public devrait pouvoir assister aux procédures et obtenir des informations sur celles-ci même lorsqu'il s'agit d'un sujet délicat. Comme l'a écrit un auteur :

> [TRADUCTION]
> Les tribunaux ont un objectif transcendant : rendre la justice et la rendre publiquement. C'est la tâche qui leur incombe. La moralité publique relève de la société qui ne peut

168. *Code criminel*, par. 442(3). Voir *Canadian Newspapers Co.* v. *A.G. Canada*, *supra*, note 131.

169. *R.* v. *Warawuk*, *supra*, note 113, p. 126.

s'acquitter de cette responsabilité si elle n'est pas informée. Si elle doit périr, il vaut mieux qu'elle soit frappée d'horreur à l'annonce de la vérité plutôt qu'empoisonnée par l'ignorance et les faux-fuyants[170].

RECOMMANDATION

Les pouvoirs discrétionnaires

5. (1) Lorsqu'une disposition du *Code criminel* autorise le tribunal à limiter, à sa discrétion, l'accès du public, cette disposition devrait être formulée aussi strictement que possible afin d'assurer la reconnaissance des droits supérieurs particuliers qu'elle cherche à protéger tout en réduisant au minimum l'atteinte portée au principe de la transparence du processus pénal.

(2) Lorsque le tribunal est investi du pouvoir discrétionnaire de limiter l'accès du public, ce pouvoir ne devrait être exercé que si la protection des droits supérieurs particuliers qui sont en jeu l'exige. L'ordonnance devrait être limitée dans sa durée et sa portée en fonction des seules nécessités de chaque cas.

(3) L'ordonnance de huis clos ou de non-publication devrait être fondée sur des preuves claires de dommages, éventuels ou réels, et devrait normalement être motivée.

Commentaire

La présente recommandation a pour objet de restreindre la portée du pouvoir discrétionnaire des juges dans ce domaine. Le paragraphe 5(1), conjugué à la présomption de transparence générale, constitue la position fondamentale de la Commission en ce qui concerne l'accès du public et des médias au processus pénal. À l'heure actuelle, les dispositions du *Code criminel* relatives à l'accès et à la publication des informations sont formulées très largement et leur libellé encourage les situations litigieuses. Nous cherchons par conséquent à clarifier les règles du droit en énonçant les principes généraux qui devraient les sous-tendre et en formulant soigneusement les exceptions.

Le paragraphe 5(2) vise l'exercice du pouvoir discrétionnaire dont seraient investis les juges pour limiter la transparence au besoin. Lorsque cela est possible, les restrictions devraient avoir une durée et une portée limitées pour réduire le moins possible la transparence en assurant la protection des intérêts divergents. Il faut préférer l'interdiction de publication à durée limitée à l'interdiction permanente lorsque la première suffit. De même, lorsqu'il est nécessaire d'interdire la diffusion de certaines preuves, par exemple à l'enquête préliminaire, pour assurer le caractère équitable du procès, seules les preuves préjudiciables devraient être visées par l'ordonnance et non pas l'ensemble des preuves produites. Lorsqu'il est nécessaire, pour maintenir l'ordre dans la salle d'audience, d'exclure certaines personnes, seules celles qui ont provoqué

170. Wright, *loc. cit. supra*, note 46, p. 729.

le trouble devraient être expulsées. À nouveau ici, aucune disposition spéciale ne vise les médias. Ceux-ci devraient être investis du même droit d'accès que les autres citoyens et être assujettis au même type d'ordonnances qu'eux.

Suivant le principe énoncé au paragraphe 5(3), les ordonnances limitant l'accès du public et des médias ne devraient pas être prises sans mûre réflexion. L'ordonnance devrait toujours reposer sur des motifs précis et, par conséquent, le juge devrait de manière générale en faire état afin que le public puisse se convaincre que le tribunal a bien tenu compte de ses droits. La portée de cette obligation est toutefois restreinte par l'emploi du mot «normalement». Dans certaines circonstances exceptionnelles, le pouvoir discrétionnaire dont est investi le juge de rendre une ordonnance de huis clos ou une ordonnance de non-publication sera, par nécessité, plutôt large. Dans ces cas-là, il ne serait pas réaliste d'obliger le tribunal à délibérer sur les raisons qui motivent l'ordonnance (par exemple la décision d'exclure le public d'une audience tenue pour décider de l'admissibilité de la preuve relative au comportement sexuel du plaignant en matière d'infractions sexuelles — voir la recommandation 6). Néanmoins, dans quantité d'autres situations, la décision d'exclure ou non le public ou de prononcer l'interdiction de publication fera l'objet d'un véritable débat donnant lieu à la présentation d'une argumentation orale et d'observations écrites sur des questions de droit et de preuve. Grâce à notre recommandation, les importantes questions de fait et de droit en jeu seront examinées plus sérieusement lorsque l'exercice du pouvoir discrétionnaire du juge dépendra de l'appréciation de nombreux intérêts divergents.

RECOMMANDATION

Le pouvoir général d'exclure le public

6. (1) Le tribunal peut refuser au public ou à certaines personnes le droit d'assister à une procédure pénale, en tout ou en partie, dans les cas suivants :

a) cette mesure est nécessaire afin d'obtenir la déposition d'un enfant ou d'un adolescent cité à titre de témoin dans la procédure;

b) cette mesure est nécessaire afin de maintenir l'ordre dans la salle d'audience;

c) cette mesure est nécessaire pour prévenir la divulgation d'informations confidentielles ou devant être tenues cachées du public ou auxquelles celui-ci n'a pas accès;

d) une audience est tenue pour déterminer l'admissibilité des preuves relatives au comportement sexuel d'un plaignant en matière d'infractions sexuelles.

(2) Le tribunal peut exclure des adolescents de la salle d'audience où a lieu une procédure pénale lorsque la communication des informations qui sont présentées au tribunal peut leur causer des préjudices graves ou leur nuire considérablement.

(3) Lorsque le tribunal procède en l'absence du public, il devrait faire publiquement état de la nature et de l'issue des procédures tenues à huis clos dès

que cela est raisonnablement possible et avant la formation de la liste du jury ou son rappel si les procédures tenues à huis clos ont eu lieu en l'absence du jury.

(4) Le tribunal ne devrait procéder en l'absence du public que si une interdiction de publier n'était pas efficace dans les circonstances.

Commentaire

La présente recommandation s'appliquerait à toutes les procédures pénales visées dans les propositions qui suivent. Alors que des pouvoirs additionnels d'exclusion du public peuvent s'avérer nécessaires dans certains cas à l'égard de procédures particulières et pour d'autres motifs, la présente recommandation énumère les pouvoirs dont le tribunal devrait toujours être investi. Le libellé reprend en partie la formulation actuelle du paragraphe 442(1) du *Code criminel*. Cette disposition assurerait une plus grande souplesse car elle permettrait aux tribunaux d'exclure, par exemple, certaines personnes susceptibles d'intimider de jeunes témoins ou de semer le désordre dans la salle d'audience tout en assurant la transparence générale de la procédure.

À l'évidence, les motifs d'exclusion énoncés dans la présente recommandation sont beaucoup plus stricts que ceux qui sont actuellement prévus au *Code criminel*. Aux termes du paragraphe 442(1), le tribunal peut exclure le public «dans l'intérêt de la moralité publique, du maintien de l'ordre ou de la bonne administration de la justice». Comme nous l'avons dit, nous estimons que les exigences de la «moralité publique» ne devraient pas infléchir le principe de la transparence du processus pénal. Nous n'en faisons donc pas un motif d'exclusion. Cependant, nous prévoyons un pouvoir limité d'exclure les adolescents d'une procédure pénale dans des circonstances exceptionnelles, par exemple lorsque des preuves de brutalité ou d'avilissement extrêmes sont introduites ou que la procédure est relative à des documents présumés obscènes. À cette fin, nous employons dans le paragraphe 6(2) une formulation semblable au libellé du paragraphe 39(3) de la *Loi sur les jeunes contrevenants*.

Nous avons conservé la disposition de l'article 442 qui permet l'exclusion du public aux fins du «maintien de l'ordre». Bien que l'utilisation de ce pouvoir ne devrait être que rarement nécessaire, il convient de le reconnaître afin que le juge puisse rester maître de la procédure.

Notre proposition ne comporte pas un vaste pouvoir d'exclure le public pour protéger la «bonne administration de la justice». Dans certaines procédures, il peut s'avérer nécessaire d'habiliter le tribunal à exclure le public afin que justice soit rendue, par exemple lorsqu'un voir-dire est tenu au sujet du comportement sexuel du plaignant en vertu de l'article 246.6 du *Code criminel*. Lorsque ces pouvoirs spéciaux sont nécessaires, ils devraient, à notre avis, être énoncés de façon expresse. Ce pouvoir est donc prévu à l'alinéa 6(1)d).

Nous avons ajouté un motif d'exclusion qui n'est pas prévu dans les règles du droit actuelles. Nous habilitons le tribunal à prononcer le huis clos lorsqu'un enfant ou

un adolescent cité à titre de témoin dans une procédure pénale serait intimidé par la présence du public. Conformément au paragraphe 5(2) relatif à l'exercice limité du pouvoir discrétionnaire du juge, une telle ordonnance ne devrait produire des effets que pour la durée de la déposition du témoin. Nous protégeons ici les enfants et les adolescents pour permettre au tribunal de rendre des ordonnances similaires à celles qui sont présentement prises en vertu de l'alinéa 39(1)*a*) de la *Loi sur les jeunes contrevenants*. Selon nous, les enfants et les adolescents qui témoignent méritent d'être protégés au besoin, qu'ils fassent une déposition dans le cadre d'un procès régi par la *Loi sur les jeunes contrevenants* ou du procès d'un adulte[171].

Le paragraphe 6(3) est une directive générale à l'intention des tribunaux qui devraient tenter d'informer le public de leur activité même lorsqu'il est nécessaire de procéder en son absence. Par exemple, lorsque le tribunal ordonne le huis clos pendant un voir-dire concernant l'admission de preuves recueillies grâce à l'écoute électronique, il serait simple pour le juge qui préside de faire consigner dans le dossier la nature et l'issue du voir-dire. Cette déclaration devrait être faite dès que cela est raisonnablement possible. Dans un procès par jury, il faudrait que le juge communique cette information avant de rappeler le jury ou avant de procéder à la formation de la liste du jury de manière qu'aucun préjudice ne puisse être causé, par exemple en raison de la connaissance par le jury de l'inadmissibilité de certaines preuves présentées par la poursuite. L'emploi des mots «nature» et «issue» veut tout simplement dire que le caractère de la procédure devrait être dévoilé mais pas nécessairement le contenu des éléments de preuve produits. Le tribunal pourrait déclarer qu'un certain adolescent a témoigné au sujet de l'identité d'une personne, sans faire état du contenu intégral du témoignage. Le public pourrait avoir accès à la déposition en consultant la transcription. Toutefois, lorsque la procédure tenue à huis clos concerne des documents scellés, il conviendrait que le tribunal déclare qu'une requête a été présentée au sujet de l'admissibilité de certaines preuves. S'il les juge inadmissibles, le tribunal pourrait l'indiquer sans dévoiler le contenu des documents. Dans ce cas, le public n'aurait pas le droit de consulter la transcription des procédures tenues à huis clos (voir la recommandation 8).

Le paragraphe 6(4) indique que nous préférons l'interdiction de publier à l'exclusion du public si un fléchissement du principe de la transparence s'impose pour assurer la protection d'intérêts divergents. Selon nous, l'interdiction de publier porte moins atteinte à la règle de la transparence que l'exclusion du public car dans ce dernier cas, personne ne peut juger de l'à-propos de l'action du tribunal. Il faut rendre une ordonnance de non-publication lorsque celle-ci permet de limiter efficacement la transparence d'une procédure pénale. Le public ne devrait être exclu que s'il est impossible d'interdire la publication ou si cette mesure s'avérait inefficace.

---

171. À divers endroits dans le présent document de travail, nous avons formulé des recommandations qui touchent la façon dont doivent être traités les enfants et les adolescents dans le processus pénal. De façon générale, nous avons cherché à réaliser l'uniformité entre les dispositions de la *Loi sur les jeunes contrevenants* et la procédure qui s'applique aux adultes. Cela ne signifie pas, toutefois, que nous souscrivons à l'ensemble des dispositions de ce texte de loi. Mais étant donné l'absence d'études exhaustives de la *Loi sur les jeunes contrevenants*, nous nous abstenons de présenter des recommandations ou des commentaires généraux sur son contenu.

RECOMMANDATION

L'interdiction générale de publication

7. (1) Une fois qu'une inculpation a été portée relativement à un crime mentionné à l'article 246.4 du *Code criminel*, nul ne peut publier ni diffuser le nom d'une personne faisant partie des catégories suivantes, ni aucun autre renseignement, y compris le nom de l'accusé, permettant d'identifier une telle personne :

a) le plaignant ou la victime du crime, sauf avec son consentement;

b) un enfant ou un adolescent qui est la victime ou un témoin du crime.

(2) Une fois qu'une inculpation a été portée, nul ne peut publier ou diffuser le nom d'un informateur ayant fourni des renseignements confidentiels relativement aux procédures, ni aucun autre renseignement permettant d'identifier une telle personne, sauf avec son consentement.

(3) Le tribunal peut, sur demande, prononcer une ordonnance interdisant la publication ou la diffusion du nom d'une victime ou d'un témoin, et de tout autre renseignement permettant d'identifier une telle personne, lorsque son identification pourrait compromettre sa sécurité.

(4) Le tribunal peut, à la demande de l'accusé, lever l'interdiction de publication prévue aux paragraphes (1), (2) ou (3) lorsque celle-ci peut compromettre le droit de l'accusé de présenter une défense pleine et entière.

Commentaire

La présente recommandation énumère les cas d'application de l'interdiction de publication visant l'identité du plaignant, de la victime, du témoin et de l'informateur qui agit à titre confidentiel. En ce qui a trait au plaignant en matière d'infractions sexuelles, notre position est conforme à la décision rendue dans l'affaire *Canadian Newspapers Co.* v. *A.G. Canada*[172], où la Cour d'appel de l'Ontario a jugé que la prohibition prévue au paragraphe 442(3) du *Code criminel* était trop restrictive et contraire aux dispositions de la Charte. Notamment, la Cour a jugé la règle actuelle offensante en raison de son caractère obligatoire : en matière d'infractions sexuelles, le nom du plaignant *doit* être tenu secret à la demande de ce dernier ou du poursuivant. Par contre, notre règle interdirait la publication du nom du plaignant à la condition que le droit de l'accusé de présenter une défense pleine et entière n'en souffre pas. D'après le paragraphe 7(4), si le tribunal était d'avis que la divulgation du nom du plaignant pouvait aider la défense à retrouver un témoin, par exemple, il aurait le pouvoir discrétionnaire de communiquer ce renseignement.

Avant de faire cette recommandation, nous avons examiné soigneusement les considérations qui la sous-tendent. De façon générale, dans le présent document, nous avons tenté de promouvoir la transparence et de ne la restreindre que lorsque cela est

172. *Supra*, note 131.

nécessaire pour répondre aux exigences de l'administration de la justice. Notre but n'était pas de protéger, en soi, la réputation ou la susceptibilité des intervenants du processus pénal. La recommandation qui précède vise à inciter les victimes d'infractions sexuelles à dénoncer les crimes commis contre elles. À l'heure actuelle, une part importante des agressions sexuelles ne sont pas dénoncées[173]. Aux États-Unis, on estime que le viol est le crime qui est le plus souvent passé sous silence dans ce pays : entre 50 et 90 pour cent des victimes de viol n'iront jamais se plaindre à la police[174]. Au Canada, «un tiers seulement des victimes d'agressions sexuelles portent plainte auprès de la police[175]». Bien entendu, on peut expliquer cet état de choses de différentes façons : la peur des représailles, la honte, l'humiliation, le choc psychologique, de même que la crainte de voir sa vie privée envahie en raison de poursuites judiciaires ultérieures[176]. Il est très difficile d'apprécier l'incidence de ce dernier facteur sur la proportion dans laquelle les agressions sexuelles sont dénoncées. Nous n'avons pu trouver aucune donnée expérimentale sur la question de savoir si les considérations liées à la vie privée suffisent, à elles seules, à dissuader la victime d'une agression sexuelle de signaler le crime commis contre elle. Nous ne saurions affirmer non plus que les victimes d'autres types de crimes n'éprouvent pas les mêmes réticences. Nous souscrivons à une recommandation formulée dans une étude publiée par Condition féminine Canada, suivant laquelle des recherches expérimentales sont nécessaires, afin de déterminer «les motifs de la réticence de la plaignante à témoigner dans les affaires d'agression sexuelle[177]».

Il est possible que la protection de l'identité du plaignant ait pour effet d'augmenter la proportion dans laquelle les infractions sexuelles sont dénoncées, poursuivies et punies. Pourtant, la non-divulgation du nom du plaignant peut aussi avoir des inconvénients du point de vue de la justice pénale. Elle peut en effet perpétuer la stigmatisation des victimes d'agression sexuelle en entourant l'affaire d'une atmosphère mystérieuse et fictive. Dans une étude effectuée pour le compte de la Commission de réforme du droit au milieu des années soixante-dix, Lorenne Clark a émis l'opinion que pour cette raison précise, l'instruction des infractions sexuelles ne devrait pas avoir lieu à huis clos, même si les victimes préfèrent ne pas témoigner en public :

> [TRADUCTION]
> Certes, l'utilisation plus courante de ce pouvoir discrétionnaire [d'ordonner le huis clos] pourrait avoir pour effet de réduire quelque peu l'appréhension et la gêne des victimes. À long terme, cependant, une telle réforme aurait des effets néfastes, car on se trouverait du même coup à renforcer la stigmatisation sociale des victimes de viol, battant ainsi en brèche le but initial de la réforme[178].

---

173. Christine L.M. Boyle, *Sexual Assault*, Toronto, Carswell, 1984, p. 28.

174. *Fischer* v. *Department of Public Welfare*, No. 283 C.D. 1981, le 9 mars 1984, Commonwealth Court of Pa., le juge MacPhail, p. 9 et 11.

175. *Rapport du Groupe d'étude fédéral-provincial canadien sur la justice pour les victimes d'actes criminels*, Ottawa, Approvisionnements et Services Canada, 1983, p. 62.

176. Voir, par exemple, le témoignage reproduit dans l'arrêt *Canadian Newspapers Co.* v. *A.G. Canada*, *supra*, note 131, p. 563-565.

177. Christine L.M. Boyle *et al.*, *Un examen féministe du droit criminel*, Ottawa, Approvisionnements et Services Canada, 1985, p. 108-109.

178. Lorenne M.G. Clark, «A Study of Rape in Canada», document d'étude non publié préparé pour la CRDC (1975).

Nous estimons que dans le cas présent, le doute devrait être tranché en faveur de la protection de l'identité du plaignant en matière d'infractions sexuelles, étant donné la gravité du problème de la non-dénonciation. Cela dit, nous souscrivons à la position adoptée par la Cour d'appel de l'Ontario dans l'affaire *Canadian Newspapers Co.* v. *A.G. Canada*[179], suivant laquelle la confidentialité ne devrait pas être obligatoire. Le juge devrait avoir le pouvoir discrétionnaire de révéler l'identité du plaignant si le secret empêche l'accusé de bien préparer sa défense. C'est pourquoi nous avons inclus ce pouvoir discrétionnaire au paragraphe 7(4).

Nous estimons qu'il y a lieu également de protéger les enfants et les adolescents qui sont victimes ou témoins d'une infraction sexuelle. Actuellement, l'article 38 de la *Loi sur les jeunes contrevenants* offre une large protection à tous les enfants et adolescents qui sont victimes ou témoins d'infractions criminelles. D'autre part, nous sommes d'avis qu'une certaine protection devrait aussi leur être accordée dans le cas de procédures engagées contre un adulte[180]. Cependant, comme la transparence est généralement beaucoup plus grande dans le cas de procédures engagées en vertu du *Code criminel* que dans le cas de procédures reposant sur la *Loi sur les jeunes contrevenants*, nous avons limité la portée de cette protection aux cas où la gêne et le préjudice sont susceptibles d'être les plus grands, soit celui des infractions sexuelles.

Le paragraphe 7(2) vise à protéger l'identité des informateurs de la police qui veulent garder l'anonymat, conformément à la protection que leur accorde actuellement le common law. Cette protection nous paraît souhaitable pour faire en sorte que la personne qui contribue à la détection du crime et à la mise en application du droit pénal ne soit pas mise en danger personnellement. Par ailleurs, d'autres personnes telles que la victime et le témoin d'un crime, pourraient aussi être mises en danger par la publication de leur identité au cours du processus pénal[181]. Le paragraphe 7(3) permet au tribunal de prononcer une ordonnance interdisant la publication de l'identité de la victime ou du témoin d'un crime lorsque la divulgation de ce renseignement pourrait compromettre la sécurité de cette personne.

Toutes les formes de prohibition précitées seraient assujetties au pouvoir discrétionnaire prévu au paragraphe 7(4). Le tribunal saisi d'une demande visant à lever une interdiction de publication aurait la tâche de pondérer les avantages de la publication et le préjudice qu'elle peut causer. Comme la Cour l'a reconnu dans l'affaire *Canadian Newspapers Co.* v. *A.G. Canada*[182], la publication et la diffusion du nom des témoins peuvent contribuer à protéger le droit de l'accusé à un procès équitable, dans la mesure où elles peuvent inciter à se manifester des personnes qui peuvent détenir des renseignements contredisant la déposition d'un témoin ou réfutant les allégations du plaignant.

---

179. *Supra*, note 131.

180. Voir cependant *supra*, note 171.

181. Par exemple un prisonnier (*R.* v. *McArthur*, *supra*, note 136) ou un plaignant dans une affaire de chantage (*Toronto Sun Publishing Corp.*, *supra*, note 128).

182. *Supra*, note 131.

En ce qui concerne le plaignant, la victime et le témoin enfant ou adolescent en matière d'infractions sexuelles, le paragraphe 7(1) interdirait la publication non seulement de leur nom, mais aussi de tout renseignement susceptible de servir à leur identification. Nous avons expressément inclus dans la prohibition la publication de l'identité de l'accusé, pour les cas où la divulgation de ce renseignement permettrait l'identification du plaignant, de la victime ou d'un témoin enfant ou adolescent. Ainsi, la portée de cette prohibition serait généralement limitée aux cas où l'accusé est inculpé d'une infraction sexuelle mettant en cause une personne qui porte le même nom que l'accusé ou à l'égard de laquelle l'accusé agit *in loco parentis*. Nous croyons qu'il y va de l'efficacité de la règle interdisant l'identification du plaignant, de la victime et du témoin enfant ou adolescent en matière d'infractions sexuelles.

L'inclusion de cette prohibition limitée à l'égard de l'identification d'un accusé déroge au droit actuel. En effet, à l'heure actuelle, aucune disposition du *Code criminel* ne permet aux tribunaux d'empêcher la publication de l'identité de l'accusé. Et la Cour d'appel de l'Ontario a récemment déclaré que ce pouvoir ne faisait pas partie de la compétence inhérente des juridictions supérieures[183]. À notre avis, le public a un intérêt légitime à connaître l'identité d'un accusé. Cette information indique que la police a effectué de façon consciencieuse, et éventuellement avec succès, une enquête criminelle. Dans une collectivité où une épidémie de crimes serait une source d'inquiétude, ou encore lorsqu'un suspect particulièrement dangereux est en liberté, la publication du fait qu'une personne a été inculpée est susceptible de rassurer la population. Or le nom de la personne est un détail important puisqu'il peut être le seul à attester de l'authenticité de la nouvelle. La publication du nom de l'accusé peut également empêcher la prolifération d'hypothèses ou de rumeurs préjudiciables dans la collectivité à l'endroit de personnes autres que l'accusé. Par exemple, si les médias, incapables d'être plus précis, rapportaient que l'accusé est un mécanicien automobile à la retraite, un avocat bien en vue ou un professeur d'école secondaire, toute personne tombant dans l'une ou l'autre de ces catégories pourrait être soupçonnée et se voir couvrir d'opprobre dans la collectivité. Qui plus est, la publication de l'identité de l'accusé peut en réalité assurer le caractère équitable du procès de celui-ci. Tout comme la transparence du procès peut mettre les choses au clair en faveur de l'accusé, il en va de même de la publicité préalable au procès. Les témoins qui, jusque-là, n'avaient pas eu conscience de la commission d'un crime mais détiennent néanmoins des renseignements, pourraient bien décider de se manifester[184].

C'est pourquoi nous ne recommandons pas que le nom de l'accusé soit gardé secret dans tous les cas. Loin de nous l'idée de vouloir minimiser l'importance de la présomption d'innocence. Et nous reconnaissons par ailleurs que la publicité peut parfois constituer une forme de punition pour une infraction dont l'imputabilité à

183. *Re R. and Unnamed Person*, *supra*, note 142.

184. Voir, par exemple, *Chartier*, *supra*, note 51, où la publicité entourant une affaire criminelle a amené certains témoins à se manifester pour disculper l'accusé; voir notamment p. 492-493 et 502.

l'accusé n'est pas prouvée. Voici ce qu'a déclaré la Cour suprême du Canada à ce sujet dans l'affaire *Oakes* :

> Un individu accusé d'avoir commis une infraction criminelle s'expose à de lourdes conséquences sociales et personnelles, y compris la possibilité de privation de sa liberté physique, l'opprobre et l'ostracisme de la collectivité, ainsi que d'autres préjudices sociaux, psychologiques et économiques. Vu la gravité de ces conséquences, la présomption d'innocence revêt une importance capitale[185].

Pourtant, ce serait une erreur que d'interdire de façon absolue la publication du nom de l'accusé, sous prétexte des conclusions injustes ou gratuites qui pourraient être tirées du fait que des accusations criminelles ont été portées. Lorsqu'une personne est inculpée d'une infraction, cela signifie tout simplement que quelqu'un, en général un agent de la paix, a acquis des motifs raisonnables de croire que cette personne a commis l'infraction en cause. Même si le critère est objectif et la norme relativement élevée, il serait tout à fait mal fondé d'en déduire que la personne est coupable hors de tout doute raisonnable. Et c'est précisément de ce type de conclusion intempestive que provient souvent le préjudice subi par l'accusé. Pour notre part, nous croyons que si le public avait une meilleure connaissance du processus pénal[186], il serait moins enclin à tirer des conclusions défavorables du seul fait qu'une personne a été inculpée d'une infraction. Bien entendu, ce n'est pas en restreignant la publication que l'on améliorera la connaissance du public. En outre, les scrupules que l'on éprouve à l'égard de la réputation de l'accusé découlent dans bien des cas d'une réticence à considérer certains types de comportements comme criminels. Autrement dit, on peut s'inquiéter des conséquences auxquelles est exposée la personne accusée d'un crime relativement mineur lorsque l'on juge que sa conduite n'était pas vraiment «criminelle». La Commission est d'avis que le droit pénal devrait être utilisé avec modération et que seuls les types de conduite qui constituent une atteinte grave aux valeurs fondamentales de la société canadienne devraient figurer au *Code criminel*. Aussi, le fait que le nouveau code pénal fondé sur les principes préconisés par la Commission ne visera que les «crimes véritables», pourra peut-être contribuer à répondre, du moins en partie, à la crainte du préjudice pouvant découler de la publicité[187].

On pourrait arguer de l'article 15 de la Charte pour soutenir que la personne accusée d'une infraction sexuelle devrait, au nom de l'égalité, avoir droit à ce que son identité soit gardée secrète, puisque cette protection est conférée expressément au plaignant[188]. Toutefois, il faut bien préciser que la garantie offerte au plaignant sert les intérêts de la justice, soit la détection et la poursuite des infractions sexuelles. En revanche, la protection de l'identité de l'accusé ne contribuerait en rien à la poursuite de cet objectif. De fait, ce serait nuire à l'administration de la justice que de permettre qu'un accusé puisse être détenu sous garde sans que personne ne le sache.

185. *Supra*, note 161, p. 119-120.

186. Par exemple, une étude non publiée préparée pour le ministère de la Justice a révélé que plus le public disposait de renseignements au sujet d'une affaire pénale, et plus il était susceptible d'être d'accord avec la peine imposée par le tribunal en cas de condamnation. Voir Anthony N. Doob et Julien V. Roberts, «Analyse de l'opinion publique sur la détermination de la peine», non publié (1983).

187. Voir CRDC, *Notre droit pénal* [Rapport nº 3], Ottawa, Information Canada, 1976, p. 36.

188. Voir, par exemple, *R.* v. *R.*, *supra*, note 140.

À notre avis, l'article 15 de la Charte n'exige pas que tous les intervenants du processus pénal soient traités exactement de la même façon, mais plutôt qu'ils soient traités d'une façon appropriée à leur position respective. Si nous avons recommandé que l'identité du plaignant soit tenue secrète, c'est en vue de régler le problème grave du faible taux de dénonciation. De même, nous avons recommandé que le public puisse être exclu du voir-dire tenu au sujet des antécédents sexuels du plaignant afin d'éviter la diffusion d'éléments de preuve qui sont, par nature, très délicats et qui ne sont pas pertinents au litige jusqu'à ce que le contraire ait été déterminé à l'occasion du voir-dire. Ces mesures nous paraissent propres à atteindre les buts de la justice pénale dans la poursuite des infractions sexuelles, et visent en particulier le plaignant dans le contexte de ces infractions. D'autre part, nous avons fait plusieurs recommandations qui concernent l'inculpé. Ainsi, nous recommandons qu'il soit permis aux tribunaux d'imposer une interdiction de publication relativement à la preuve soumise avant le procès, afin de protéger le droit de l'accusé à un procès équitable. L'interdiction de publier le nom du plaignant serait également conditionnée par la possibilité pour l'accusé de présenter une défense pleine et entière. Pour la même raison, l'accusé devrait également avoir accès aux documents scellés. Par conséquent, nous avons proposé que certaines règles relatives à l'accès du public et des médias soient conçues de façon à prendre en considération la position respective du plaignant et de l'inculpé. Certes, comme nous n'avons pas recommandé que le nom de l'accusé soit tenu secret, nous ne nous trouvons pas à assurer à l'inculpé et au plaignant un «traitement égal». Nous proposons plutôt qu'ils soient traités «à titre d'égaux»[189]. Autrement dit, nous leur avons accordé les mêmes égards et le même respect, et nous avons tenté de formuler nos recommandations en conséquence.

Ainsi, la recommandation 7 apporte une exception de portée limitée à la règle générale voulant que l'identité de l'inculpé puisse être diffusée. Nous recommandons que la publication de ce renseignement soit interdite lorsqu'elle aurait pour effet de permettre l'identification du plaignant, de la victime ou d'un témoin enfant ou adolescent en matière d'infractions sexuelles. Ce faisant, nous reprenons, du moins en partie, les propositions formulées dans le *Rapport du Comité sur les infractions sexuelles à l'égard des enfants et des jeunes* (le Comité Badgley) :

> D'après l'étude qu'il a faite, le Comité considère que si la publication de l'identité de l'accusé sert à identifier la présumée victime d'agression sexuelle (par exemple, dans les poursuites pour inceste), il n'est possible de bien protéger l'identité de la jeune *victime* qu'en interdisant l'identification de l'*accusé* dans les médias et les recueils de jurisprudence[190].

Certains membres de la Commission sont d'avis qu'une protection additionnelle devrait pouvoir être accordée, de façon discrétionnaire, afin de protéger, à l'instar des personnes innocentes comme les victimes et les témoins, celles qui sont *présumées* innocentes comme l'accusé. Selon cette position, l'intérêt de cette personne devrait être

---

189. Pour une analyse de la distinction entre l'égalité de traitement et le traitement à titre d'égaux, voir Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously*, Londres, Duckworth, 1977, p. 227-229.

190. *Rapport du Comité sur les infractions sexuelles à l'égard des enfants et des jeunes*, vol. 1, Ottawa, Approvisionnements et Services Canada, 1984, p. 472.

mesuré par rapport aux conséquences parfois néfastes de l'attention portée par les médias. À cette fin, les tenants de cette position proposent l'adjonction des dispositions suivantes à la recommandation 7 :

[*Recommandation subsidiaire — Protection de l'identité*

(5) Le tribunal peut, à la demande de l'inculpé, de la victime ou d'un témoin, prononcer une ordonnance interdisant la publication ou la diffusion du nom de la personne qui en fait la demande, ou de tout autre renseignement permettant d'identifier cette personne, dans les cas exceptionnels où l'identification entraînerait un préjudice grave et extraordinaire pour cette personne ou pour autrui, et où la divulgation de son identité ne présenterait qu'un intérêt minime pour le public.

(6) Pour rendre une ordonnance en vertu du paragraphe (5) à l'égard de l'inculpé, le tribunal devrait prendre en considération les facteurs suivants :

a) la nature et la gravité du crime, notamment le fait que sa commission comporte l'emploi de la force, ou entraîne une perte matérielle ou la violation de la confiance du public;

b) la question de savoir si les conséquences de l'identification de l'accusé seront disproportionnées avec le crime lui-même ou compromettront les possibilités de traitement ou de réinsertion;

c) tout élément de preuve tendant à établir la bonne moralité de l'accusé, y compris l'absence de casier judiciaire faisant état de crimes connexes;

d) la nécessité d'appliquer efficacement la loi dans la collectivité;

e) la question de savoir si la publication de l'identité de la personne aura un effet dissuasif sur des activités criminelles semblables.

(7) L'interdiction de publication visant l'identité de la personne qui en a fait la demande devrait expirer au moment suivant :

a) lorsque le tribunal l'ordonne;

b) en outre, dans le cas de l'inculpé, au moment où celui-ci est déclaré coupable.]

Le but de ces dispositions subsidiaires n'est pas de mettre un individu à l'abri de l'humiliation qui découle souvent du fait d'avoir été impliqué dans une procédure pénale. Elles visent plutôt à protéger, contre les conséquences psychologiques graves et les atteintes éventuelles à leur sécurité physique[191], les intervenants du processus et leurs familles[192]. Voilà le sens du terme «préjudice grave et extraordinaire». Le recours à ce pouvoir serait restreint aux cas exceptionnels où la publicité et ses conséquences néfastes seraient plus importantes que celles qu'entraîne normalement le déroulement du processus pénal. En outre, le pouvoir discrétionnaire d'imposer une interdiction de publication dans ces conditions n'aurait pas pour but d'empêcher l'identification de

191. Voir, par exemple, l'affaire *R.* v. *P.*, *supra*, note 139.

192. La valeur de cette proposition a été examinée par Allen M. Linden, «Limitations on Media Coverage of Legal Proceedings: A Critique and Some Proposals for Reform», dans Anisman et Linden (éds), *op. cit. supra*, note 8, p. 303-304.

personnalités publiques importantes soucieuses de protéger leur réputation. Il entrerait plutôt en jeu pour protéger le citoyen moyen susceptible de subir un préjudice grave dans sa propre collectivité. Il appartiendrait au tribunal saisi de la requête de mesurer le préjudice que pourrait subir le requérant par rapport à l'intérêt que présente la transparence, en l'espèce, pour le public. Signalons que la notion d'«intérêt public» embrasse aussi le droit de l'accusé à un procès équitable. Ainsi, il pourrait être nécessaire, afin d'assurer à l'accusé un procès équitable, de publier l'identité d'un témoin, au risque d'exposer celui-ci à un préjudice grave.

Le paragraphe subsidiaire 7(6) énonce les facteurs dont le tribunal devrait tenir compte au moment de déterminer l'opportunité d'imposer une interdiction de publication visant l'accusé. Ces critères illustrent le caractère exceptionnel de la situation où l'identité de l'accusé serait tenue secrète avant le procès. Bon nombre d'entre eux sont analogues à ceux qui guident les tribunaux lorsqu'il s'agit de décider si une personne reconnue coupable d'infraction a droit à une libération inconditionnelle[193]. Et comme la libération inconditionnelle, l'interdiction de publier l'identité de l'accusé serait une mesure exceptionnelle. Le but visé ici est simplement de conférer aux tribunaux le pouvoir d'imposer un type d'interdiction de publication qui, actuellement, n'entre pas dans leur compétence[194]. Ce pouvoir ne serait pas absolu, comme celui qu'a recommandé le New Zealand Criminal Law Reform Committee[195], mais bien discrétionnaire, et son exercice serait conditionné par toutes les circonstances, y compris l'intérêt que représente la transparence pour le public et la situation particulière du requérant. Il serait destiné à s'appliquer dans des conditions analogues à celles de l'affaire *R.* v. *P.*[196]. En l'espèce, l'accusé avait été inculpé de sollicitation et souhaitait plaider coupable. Au procès, le juge l'avait convaincu de plaider non coupable, estimant que la personne qui avait payé pour des services sexuels ne pouvait être inculpée de sollicitation. L'accusé s'est alors retrouvé malgré lui au milieu d'un précédent susceptible de susciter une publicité tapageuse en raison de la question en litige. Pourtant, il s'agissait d'une infraction relativement mineure. En outre, il avait été montré que la publicité ferait du tort à sa femme malade et à ses trois filles. Saisie d'une requête visant à tenir secrète l'identité de l'accusé, la Haute Cour de l'Ontario a imposé une interdiction de publication à l'égard du nom de l'accusé et de toute caractéristique susceptible de l'identifier[197]. C'est ce type de circonstances exceptionnelles que viseraient les dispositions des paragraphes subsidiaires 7(5) et 7(6).

Le paragraphe subsidiaire 7(7) établit les modalités de l'expiration de l'interdiction de publication prévue au paragraphe 7(5). De façon générale, l'interdiction de publication visant l'identité de l'accusé expirerait au moment où celui-ci est reconnu coupable, à moins qu'il n'y soit mis fin par un autre tribunal devant lequel comparaît l'accusé. En cas d'acquittement, l'interdiction de publication resterait en vigueur. Il est

193. Voir le paragraphe 662.1(1) du *Code criminel*.

194. Voir *Re R. and Unnamed Person*, *supra*, note 142.

195. New Zealand Criminal Law Reform Committee, *The Suppression of Publication of Name of Accused*, Wellington, 1972.

196. *Supra*, note 139.

197. On a par la suite mis fin à l'ordonnance : *R.* v. *P.*; *R.* v. *DiPaola*, *supra*, note 139.

ainsi tenu compte du fait que la connaissance de l'identité des personnes reconnues coupables d'infraction criminelle présente un intérêt véritable pour le public. Quant à l'interdiction de publication visant l'identité des témoins et des victimes, elle ne prendrait fin que lorsque le tribunal l'ordonne.

RECOMMANDATION

Les dispositions spéciales visant les procédures dont le public est exclu

8. Lorsqu'une procédure pénale se déroule en l'absence du public, le tribunal peut

a) admettre, dans des conditions appropriées, certains membres du public qui se livrent, de bonne foi, à des recherches sur le fonctionnement du processus pénal;

b) limiter l'accès du public à la transcription de la procédure lorsque la divulgation de son contenu battrait en brèche le motif pour lequel le public a été exclu de la procédure.

Commentaire

Cette recommandation confère des pouvoirs spéciaux aux tribunaux pour les cas où le public serait exclu d'une procédure pénale. Ainsi, ils s'appliqueraient aux circonstances prévues à la recommandation 6, dans le cas où aucun membre du public ne serait admis à rester dans la salle d'audience. Ces pouvoirs s'appliqueraient également à d'autres procédures qui, selon nos recommandations, pourraient se dérouler en l'absence du public (par exemple, la délivrance des mandats de perquisition — recommandation 10, les conférences préparatoires — recommandation 17).

Lorsqu'une procédure est fermée au public, nous croyons que le juge ou le juge de paix qui la préside devrait avoir le pouvoir discrétionnaire d'admettre certains membres du public qui se livrent, de bonne foi, à des recherches sur le fonctionnement du processus pénal. Dans son document de travail n° 47, intitulé *La surveillance électronique*, la Commission avait fait remarquer qu'il était difficile de formuler des recommandations éclairées au sujet du processus d'obtention de l'autorisation d'intercepter des communications privées, en raison des restrictions qui limitent l'accès à l'audition de la demande d'autorisation et aux documents y afférents[198]. À cause du caractère secret de ce processus, il est actuellement impossible d'en observer le fonctionnement. On pourrait en dire autant du processus de délivrance des mandats de perquisition. À l'alinéa 8a), nous proposons que certaines personnes soient admises à observer ce type de procédure à des fins de recherche. Certes, il est nécessaire que ces procédures se déroulent en l'absence du public. Toutefois, il est aussi nécessaire qu'elles fassent l'objet d'un contrôle, afin que soit protégé l'intérêt public. Suivant notre proposition, la personne qui se livre à des recherches pourrait être tenue de se

198. CRDC, *op. cit. supra*, note 76, p. 67-69.

soumettre à certaines conditions, par exemple obtenir le consentement du requérant ou des parties, s'engager à transmettre des copies du résultat de ses recherches au tribunal, au requérant ou aux parties, avant la publication.

Dans le cas de procédures pénales dont le public est exclu, il est essentiel que le tribunal ait aussi le pouvoir de rendre une ordonnance concernant l'accès à la transcription de ces procédures : c'est ce que prévoit l'alinéa 8b). L'accès à la transcription pourrait être interdit lorsque la divulgation de son contenu serait incompatible avec le motif pour lequel le public a été exclu des procédures au départ. Par exemple, dans le cas où le public aurait été exclu d'une audience visant à déterminer la recevabilité de preuves concernant les antécédents sexuels du plaignant, ce serait trahir le motif justifiant l'exclusion du public que de permettre à celui-ci d'avoir accès à la transcription. Le but de l'exclusion est d'éviter la divulgation de renseignements gênants qui, du reste, pourraient fort bien être jugés irrecevables. En revanche, dans le cas où le public ne serait pas admis à assister à la déposition d'un jeune témoin, il ne serait pas pour autant nécessaire de restreindre l'accès à la transcription. Dans un tel cas, en effet, l'exclusion du public aurait pour but d'encourager l'adolescent à témoigner, et non d'empêcher la diffusion du contenu de sa déposition. De fait, en pareilles circonstances, l'accès du public à la transcription serait même souhaitable, de façon que l'exclusion n'ait pas pour effet d'empêcher la divulgation de renseignements relatifs à une procédure pénale.

B. Les procédures préalables au procès

Certains types de procédures relatives à l'enquête préalable au procès telles que la demande d'autorisation de surveillance électronique et la demande de délivrance d'un mandat de perquisition, sont régis par quelques principes généraux. Dans ce contexte, certaines considérations entrent en concurrence avec l'intérêt que présente la transparence pour le public. Si le public avait accès sans restriction à ces procédures, la tenue des enquêtes policières et les techniques utilisées dans le cadre de celles-ci seraient mises au jour, ce qui pourrait nuire à la mise en application du droit pénal. Un processus trop ostensible pour l'autorisation des fouilles, des perquisitions et de l'écoute électronique pourrait empêcher une collaboration efficace et franche entre la police et le juge de paix saisi de l'affaire. Si l'on permettait au public d'avoir accès aux documents sur lesquels reposent ces procédures, les informateurs et autres personnes qui aident la police dans ses enquêtes pourraient être identifiés, et leur sécurité ainsi que le succès de l'enquête pourraient s'en trouver compromis. De même, les personnes parfaitement innocentes impliquées dans l'enquête, y compris celles qui peuvent avoir été soupçonnées à tort d'activités criminelles, peuvent voir leur nom cité en public et être lésées dans leur réputation.

Pourtant, l'importance de la transparence doit tout de même être appréciée en regard de ces considérations. Dans le contexte de ces procédures, la transparence permettrait au public de juger du bien-fondé de l'action de la police et des tribunaux, au moment de l'autorisation de l'exercice de pouvoirs à caractère attentatoire. La

transparence permettrait également aux intéressés de contester la légalité de l'atteinte portée à leur vie privée. En outre, les chercheurs pourraient étudier la fréquence et le résultat des activités de la police, et seraient ainsi en mesure de formuler des recommandations éclairées en vue de la réforme du droit. De façon générale, le fait de savoir que leurs activités sont soumises à la surveillance du public pourrait bien inciter les agents publics à faire preuve d'une plus grande prudence dans l'exercice de leurs fonctions, et favoriser un plus grand respect de l'obligation de rendre compte.

D'autres types de procédures préalables au procès soulèvent des questions différentes. Par exemple, dans les procédures relatives à la poursuite d'une infraction criminelle, on craint souvent que la publicité ne compromette la possibilité d'un procès équitable. Et si elle peut se poser avant le dépôt d'une accusation, cette crainte prend une importance de premier plan après que les accusations ont été portées. Notre position générale consiste à offrir une plus grande liberté pour assister aux procédures préalables au procès et les rapporter, tout en favorisant les solutions de rechange aux mesures qui restreignent ces activités importantes. Comme nous l'avons déjà souligné[199], les valeurs que sont la transparence et le caractère équitable du procès ne sont pas nécessairement aussi inconciliables que l'on a pu le croire. Il existe selon nous des façons de donner à chacune d'elles une place plus importante.

Une question pratique se pose à l'égard des procédures préalables au procès comme l'audience relative à la mise en liberté provisoire par voie judiciaire (cautionnement) et l'enquête préliminaire. Dans quelle mesure la publicité défavorable au prévenu peut-elle compromettre de façon irréparable l'objectivité des jurés éventuels? On trouvera dans un document d'étude préparé pour la Commission une synthèse des tentatives déployées en doctrine pour analyser cette question[200]. Il reste toutefois essentiel d'étudier davantage l'influence des médias sur les procédures relatives au procès. Bon nombre des études disponibles à l'heure actuelle ont été effectuées aux États-Unis. Des travaux plus poussés devraient être réalisés dans le contexte canadien.

Ces études montrent que divers éléments de la publicité préalable au procès criminel peuvent influencer l'attitude des jurés éventuels. Le simple fait d'annoncer qu'une personne a été arrêtée peut susciter des sentiments défavorables à son endroit[201]. De même, la diffusion de renseignements au sujet du casier judiciaire de l'accusé peut discréditer celui-ci aux yeux non seulement des jurés éventuels[202], mais aussi des juges[203]. Il semble que le renseignement le plus préjudiciable qui puisse être publié à l'égard de l'accusé soit la signature d'une confession[204]. Les études montrent que les

---

199. Voir Lepofsky, *op. cit. supra*, note 66, p. 11-15.

200. L. Luski et T. McCormack, «Mass Media Effects upon Pretrial and Trial Proceedings: An Examination of the Empirical Literature», document d'étude non publié préparé pour la CRDC (1985).

201. M. Tans et S. Chaffee, «Pretrial Publicity and Juror Prejudice», (1966) 43 *Journalism Quarterly* 647; Thomas E. Dow, «The Role of Identification in Conditioning Public Attitude toward the Offender», (1967) 58 *Journal of Criminal Law, Criminology and Police Science* 75.

202. Alice M. Padawer-Singer et Allen H. Barton, «The Impact of Pretrial Publicity on Jurors' Verdicts», dans Rita James Simon (éd.), *The Jury System in America*, Londres, Sage Publications, 1975, p. 135.

203. H. Kalven et H. Zeisel, *The American Jury*, Boston, Little, Brown, 1966.

204. Donald M. Gillmor, *Free Press and Fair Trial*, Washington, Public Affairs Press, 1966, p. 91.

jurés éventuels sont enclins à préjuger de la culpabilité de l'accusé lorsqu'ils apprennent que celui-ci a fait une confession[205].

Comme nous l'avons vu au deuxième chapitre, il existe plusieurs façons de réduire, à défaut de pouvoir éliminer, ce type d'effet préjudiciable sur le déroulement du procès. Ainsi, le renvoi de l'affaire devant le tribunal d'une autre circonscription, la remise du procès, ainsi que la récusation motivée des jurés, peuvent être utilisés lorsque cela est nécessaire à la tenue d'un procès équitable. Cela dit, des études ont démontré que la meilleure façon d'empêcher que les jurés soient influencés par la publicité reste encore la mise en garde vigoureuse que le juge peut leur adresser contre ce qu'ils ont entendu à l'extérieur de la salle d'audience[206]. On a en effet montré que les effets de la publicité préalable au procès pouvaient être complètement neutralisés par les directives au jury[207]. Certes, il importe de faire preuve de circonspection dans l'utilisation des résultats de ces recherches. Pourtant, ce serait également une erreur que d'amplifier la fragilité de notre système judiciaire ou de sous-estimer l'intelligence et le jugement des jurés. Les recommandations qui suivent reflètent la confiance que nous avons dans le système de justice canadien et dans la capacité des jurés de s'acquitter consciencieusement de la tâche qui leur est confiée.

RECOMMANDATION

La surveillance électronique

9. (1) Le juge saisi d'une demande d'autorisation en vue d'intercepter une conversation privée ou d'une demande de renouvellement de cette autorisation, devrait l'entendre en l'absence du public.

(2) Tous les documents concernant la demande devraient être mis sous scellés et ne devraient être ouverts que sur l'ordonnance du tribunal ou conformément aux règles prévues de divulgation à l'accusé ou à toute autre personne qui a fait l'objet de l'interception.

(3) Toute personne peut examiner une autorisation, le renouvellement d'une autorisation ou un certificat d'avis

a) une fois que l'accusé a été avisé de l'intention de la poursuite de produire en preuve une conversation privée qui a été interceptée et que l'accusé a consenti à la divulgation;

b) une fois que la personne qui a fait l'objet de l'interception a été avisée de celle-ci et a consenti à la divulgation;

---

205. Tans et Chaffee, *loc. cit. supra*, note 201; W. Wilcox, «The Press, the Jury and the Behavioral Sciences», dans F.S. Siebert *et al.*, *Free Press and Fair Trial: Some Dimensions of the Problem*, Athens, Univ. of Georgia Press, 1970, p. 53; Padawer-Singer et Barton, *loc. cit. supra*, note 202.

206. R. Simon, «Murder, Juries and the Press», *Trans-action*, mai-juin 1966, p. 40.

207. *Ibid.* Voir aussi F. Kline et P. Jess, «Prejudicial Publicity: Its Effect on Law School Mock Juries», (1966) 43 *Journalism Quarterly* 113; R. Simon, «Does the Court's Decision in Nebraska Press Association Fit the Research Evidence on the Impact on Jurors of News Coverage?», (1977) 29 *Stan. L. Rev.* 515.

c) après que la communication interceptée a été produite en preuve au cours d'une procédure judiciaire.

(4) Tous les renseignements que contient une autorisation, le renouvellement d'une autorisation ou un certificat d'avis peuvent être publiés ou diffusés et les dispositions du *Code criminel* interdisant la divulgation du fait qu'une communication privée a été interceptée devraient être modifiées en conséquence.

(5) Le juge qui est saisi d'une demande d'autorisation ou de renouvellement ou qui a fait droit antérieurement à une telle demande peut, sur requête à cet effet, rendre inintelligible au moyen d'un code les renseignements figurant dans une autorisation ou un renouvellement ou sur les documents relatifs à la demande et dont la divulgation

a) nuirait à une enquête policière en cours;

b) compromettrait la sécurité d'une personne.

(6) Le juge qui accomplit l'un des actes suivants :

a) la révision de la validité d'une autorisation, d'un renouvellement ou de la décision de rendre inintelligible des renseignements figurant dans une autorisation ou un renouvellement, ou sur les documents relatifs à une demande d'autorisation ou de renouvellement,

b) l'audition d'une demande visant à exclure une preuve obtenue au moyen de l'interception d'une communication privée, lorsque la demande est fondée sur un vice de fond dans la demande d'autorisation ou de renouvellement,

peut divulguer tout renseignement rendu inintelligible si cela est nécessaire pour permettre à l'accusé de présenter une défense pleine et entière.

Commentaire

Dans notre récent document de travail intitulé *La surveillance électronique*[208], nous avons analysé la nécessité du secret dans le processus d'autorisation de l'interception des communications privées en regard de la nécessité de rendre compte au public de l'exercice de ce pouvoir. Nous avions conclu qu'il fallait limiter l'accès du public au processus, de façon à renforcer l'efficacité de la surveillance électronique à titre de méthode d'investigation. Cependant, nous avions aussi constaté qu'une plus grande transparence après l'exécution de l'interception servirait mieux l'intérêt public en permettant un contrôle de l'activité des agents publics et en faisant une place plus importante à l'équité envers l'accusé, contre lequel des preuves obtenues au moyen de l'interception peuvent être produites au procès.

L'audition de la demande d'autorisation de surveillance électronique devrait continuer d'avoir lieu à huis clos[209]. Pour que l'interception des communications privées reste une technique d'enquête efficace, le processus doit se dérouler en secret. Voilà la position que nous adoptons au paragraphe 9(1). La nécessité du secret a été reconnue à

208. CRDC, *op. cit. supra*, note 76.

209. *Id.*, recommandation 18, p. 35.

l'égard des mandats de perquisition dans l'affaire *MacIntyre*[210], et ce principe prend une importance encore plus grande dans le contexte de la surveillance électronique. Dans la mesure où cette règle constitue une dérogation au principe de la transparence et, de ce fait, une atteinte à la liberté d'expression et à la liberté de la presse garanties à l'alinéa 2*b*) de la Charte, elle se justifie en tant que seul mécanisme valable pour la protection de l'intérêt supérieur que présente pour le public l'application du droit pénal. Par ailleurs, l'application de cette règle serait assujettie à l'alinéa 8a) suivant lequel le juge aurait le pouvoir discrétionnaire d'admettre des membres du public qui se livrent de bonne foi à des recherches sur le processus.

Cependant, une fois que l'autorisation a été obtenue et que l'interception a eu lieu, d'autres considérations entrent en jeu pour faire concurrence aux arguments qui militent en faveur du secret absolu. Dans le document de travail nº 47, nous avions recommandé que le public n'ait pas accès aux documents qui étayent l'autorisation, puisque la surveillance électronique est une technique à caractère continu dont l'autorisation peut être renouvelée. Dans ces conditions, le fait de permettre au public d'avoir accès à ces documents aurait souvent pour effet de gêner une enquête en cours. D'autre part, nous avions recommandé que ces documents puissent être communiqués à l'accusé, de façon à lui permettre de préparer sa défense et, le cas échéant, de contester le bien-fondé de l'autorisation[211]. De même, les personnes qui font l'objet de l'interception devraient avoir accès aux documents de façon à être en mesure d'engager des procédures civiles ou d'attaquer le bien-fondé de l'autorisation[212]. C'est pourquoi nous recommandons maintenant au paragraphe 9(2) que les documents continuent d'être placés dans un paquet scellé, mais que l'accusé et les personnes dont les communications ont été interceptées puissent y avoir accès après avoir été avisés de l'interception ou de l'intention de la poursuite de produire en preuve une communication privée ayant été interceptée, conformément aux paragraphes 178.23(1) et 178.16(4) du *Code criminel*. Les scellés devraient aussi pouvoir être levés lorsque le tribunal l'ordonne[213].

Par ailleurs, bien que les documents soumis à l'appui d'une demande d'autorisation soient placés sous scellés, l'autorisation et le renouvellement ne le sont pas. En revanche, ces deux derniers documents font partie du dossier du tribunal. Le paragraphe 9(3) contient une proposition permettant au public d'avoir accès à ces documents et au certificat d'avis[214]. Nous recommandons qu'il soit permis au public d'avoir accès à l'autorisation, au renouvellement et au certificat d'avis, seulement après que l'accusé ou la personne ayant fait l'objet d'une interception a été avisé du fait de l'interception ou de l'intention de la poursuite de produire en preuve une conversation privée qui a été interceptée, et a consenti à leur divulgation. Une fois l'avis donné, en effet, la divulgation du fait que des communications ont été interceptées ne risque plus d'entraver une enquête en cours, puisque les personnes visées par l'interception en

210. *Supra*, note 71.

211. CRDC, *op. cit. supra*, note 76, recommandations 49 et 51 respectivement, p. 73.

212. *Id.*, recommandation 69, p. 104 et commentaire, p. 67-69.

213. C'est-à-dire sur l'ordonnance d'un juge d'une cour supérieure de juridiction criminelle, ou d'un juge au sens de l'article 482; voir l'alinéa 178.14(1)*a*) du *Code criminel*.

214. Voir le paragraphe 178.23(1) du *Code criminel* et le *Règlement sur la protection de la vie privée*, C.R.C. 1978, chap. 440, art. 2.

auront été informées. Toutefois, étant donné la nature extrêmement attentatoire de la surveillance électronique, nous ne permettrions l'accès que si la personne ayant fait l'objet de l'interception consent à la divulgation. Le déshonneur qu'entraîne la publication du fait qu'une personne a fait l'objet d'une interception nous empêche de recommander l'accès sans restriction et la publication des autorisations concernant les tables d'écoute. Néanmoins, par l'effet de la règle du consentement, la personne qui a fait l'objet de l'interception peut faire en sorte que l'affaire soit mise au jour si elle le souhaite. Certes, cela peut entraîner la divulgation des noms d'autres personnes visées par l'interception et par la même autorisation. Mais même si ces personnes peuvent s'en trouver gênées, nous sommes d'avis que l'intérêt que présente pour le public le contrôle de l'utilisation des techniques d'investigation à caractère attentatoire comme les tables d'écoute, doit prévaloir et ne devrait pas être assujetti au consentement unanime des personnes visées par les interceptions. C'est pourquoi nous serions peu enclins à exiger le consentement de toutes les personnes nommées dans l'autorisation avant la publication de celle-ci, ou le consentement de chaque personne nommée avant la divulgation de l'identité de cette personne. Nous croyons que si la personne qui a fait l'objet d'une interception choisit d'attirer l'attention du public sur l'enquête, tous les renseignements que contiennent l'autorisation, les renouvellements et les certificats d'avis devraient être rendus publics.

Toutefois, la règle du consentement serait assujettie aux dispositions de l'alinéa 9(3)c). À partir du moment où le document en cause serait reçu en preuve dans le cadre d'une procédure judiciaire, l'accès du public ne serait plus conditionné par le consentement de la personne visée. Par conséquent, dans le cas où une communication privée interceptée serait produite en preuve, ou encore dans le cas où la validité d'une autorisation serait contestée, le public serait en droit d'examiner les documents en cause. Aussi le paragraphe 9(4) précise-t-il qu'une fois qu'une autorisation, un renouvellement ou un certificat d'avis a été examiné, tous les renseignements qu'il contient peuvent être publiés. La mise en œuvre de cette recommandation suppose la modification de l'article 178.2 du *Code criminel*. En effet, ne devrait plus constituer une infraction le fait de divulguer l'existence d'activités d'écoute électronique, à partir du moment où le public est en droit d'avoir accès aux documents contenant ce renseignement.

Reste la question de savoir si la teneur des communications elles-mêmes peut être divulguée. Dans le document de travail n° 47, nous avions souscrit à la position actuelle qui interdit, au nom du droit à la vie privée, la divulgation du contenu des communications interceptées[215]. Cette règle vise à empêcher la diffusion de communications privées dans les médias, et à préserver le droit à la vie privée des personnes dont les paroles ont été interceptées. Elle a aussi pour but de protéger les personnes innocentes et les informateurs de la police dont le nom aurait pu être mentionné au cours de ces conversations. Par ailleurs, il va sans dire que la divulgation serait permise dans le cadre d'une poursuite pénale en vertu de l'alinéa 178.2(2)*a*) du *Code criminel*.

---

215. CRDC, *op. cit. supra*, note 76, p. 105-106. Nous avions par ailleurs recommandé que deux exceptions supplémentaires soient ajoutées à la prohibition (recommandation 74, p. 106).

Dans le document de travail n° 47, nous avions proposé que les juges aient le pouvoir d'empêcher la divulgation de renseignements figurant dans une autorisation ou dans d'autres documents liés à une demande visant l'interception d'une conversation privée, lorsque la divulgation aurait pour effet de révéler l'identité d'informateurs ou d'autres personnes qui aident la police dans ses enquêtes[216]. Nous croyons que la meilleure solution consisterait à rendre inintelligibles au moyen d'un code les renseignements délicats. Au paragraphe 9(5), nous avons reconnu ce pouvoir et inclus un motif additionnel pour empêcher la divulgation de renseignements se trouvant dans les documents. Nous croyons que le juge qui délivre une autorisation devrait, au besoin, avoir le pouvoir de cacher les renseignements dont la divulgation pourrait entraver une enquête policière en cours. Les techniques de surveillance électronique sont souvent utilisées dans le cadre d'opérations policières continues visant plusieurs suspects, et il est rare que l'enquête prenne fin après qu'une interception a eu lieu. Pourtant, étant donné que la personne qui a fait l'objet d'une interception doit obligatoirement en être avisée, le but et la portée de l'enquête en cours risquent d'être révélés à d'autres suspects, ce qui ferait avorter l'enquête. Cela dit, nous ne croyons pas qu'il soit nécessaire de conférer le pouvoir de restreindre l'accès aux documents scellés eux-mêmes, afin de protéger les enquêtes ou les informateurs de la police, étant donné que l'accès à ces documents est déjà extrêmement limité. On se trouve ainsi à établir une distinction entre les documents concernant une interception et ceux qui concernent un mandat de perquisition, le public étant généralement en droit d'examiner ces derniers[217].

Enfin, il y aurait lieu de concevoir un mécanisme afin que les renseignements qui figurent dans des documents relatifs à une opération de surveillance électronique et qui ont été rendus inintelligibles puissent être révélés ultérieurement. Nous croyons que le tribunal appelé à réviser le bien-fondé de l'autorisation ou à déterminer la recevabilité des communications interceptées devrait avoir le pouvoir de révéler ces renseignements si cela est nécessaire pour permettre à l'accusé de présenter une défense pleine et entière. Dans le document de travail n° 47, nous avions émis l'opinion que les questions de recevabilité pourraient être tranchées à l'enquête préliminaire ou au procès, plutôt que par l'engagement d'un processus distinct de révision de l'autorisation devant une juridiction supérieure[218].

---

216. *Id.*, recommandation 50, p. 73.

217. Voir la recommandation 10, *infra*, et le commentaire y afférent. Voir aussi S.A. Cohen, *Invasion of Privacy: Police and Electronic Surveillance in Canada*, Toronto, Carswell, 1983, p. 134, où l'auteur fait une distinction semblable entre les documents relatifs à l'écoute électronique et ceux qui concernent le mandat de perquisition.

218. Le droit actuel impose cette façon d'agir; voir *Wilson* c. *La Reine*, *supra*, note 75 et CRDC, *op. cit. supra*, note 76, p. 59-73 et la recommandation 51, p. 73.

RECOMMANDATION

Le mandat de perquisition

10. (1) Le juge de paix qui reçoit une demande de mandat de perquisition devrait entendre celle-ci en l'absence du public.

(2) Toute personne devrait être en droit d'examiner un mandat de perquisition et la dénonciation y afférente après que le mandat a été exécuté.

(3) Le contenu d'un mandat de perquisition et de la dénonciation y afférente devrait pouvoir être publié ou diffusé intégralement.

(4) Le juge de paix qui reçoit une demande visant la délivrance d'un mandat de perquisition ou qui a antérieurement délivré un mandat de perquisition peut, à la demande du requérant, rendre inintelligible au moyen d'un code,

a) tout numéro de téléphone figurant sur le mandat de perquisition ou la dénonciation y afférente lorsque ce numéro pourrait vraisemblablement révéler l'existence d'activités d'écoute électronique s'il était divulgué;

b) le nom d'un informateur et tout renseignement susceptible de l'identifier, figurant sur le mandat de perquisition ou la dénonciation y afférente, lorsque la sécurité de cette personne pourrait être compromise.

(5) Le juge de paix qui reçoit une demande visant la délivrance d'un mandat de perquisition ou qui a antérieurement délivré un mandat de perquisition peut, sur demande, interdire au public d'avoir accès au mandat ou à la dénonciation y afférente jusqu'à ce qu'ils aient été produits en preuve au cours d'une procédure judiciaire, dans le cas où la divulgation de leur contenu serait susceptible

a) soit d'entraver une enquête policière en cours,

b) soit de compromettre la sécurité d'autrui,

et où il serait insuffisant, dans les circonstances, d'ordonner que certains renseignements contenus dans le mandat ou la dénonciation y afférente soient rendus inintelligibles.

(6) Le juge appelé à réviser le bien-fondé d'un mandat de perquisition ou de la décision de rendre inintelligibles certains renseignements contenus dans le mandat ou la dénonciation y afférente peut divulguer tout renseignement rendu inintelligible si cela est nécessaire pour permettre à l'accusé de présenter une défense pleine et entière.

Commentaire

La publication de renseignements relatifs aux fouilles et perquisitions effectuées par la police est récemment devenue un sujet controversé. Pour ce qui est de l'accès à l'audition des demandes visant la délivrance d'un mandat de perquisition, les considérations applicables sont les mêmes que dans le cas de la demande d'autorisation

en matière d'écoute électronique. Dans l'affaire *MacIntyre*[219], la Cour suprême du Canada a jugé que l'audition de la demande visant la délivrance d'un mandat de perquisition pouvait avoir lieu à huis clos, afin d'assurer l'efficacité du mandat à titre d'outil de mise en application du droit pénal. C'est également la position que nous adoptons au paragraphe 10(1).

L'accès à l'audition n'est toutefois que la première question à laquelle il faut répondre lorsqu'il s'agit d'apprécier la portée des garanties relatives à la liberté d'expression et à la liberté de la presse dans le contexte des mandats de perquisition. L'accès aux documents et la publication ou la diffusion de leur contenu sont des questions plus complexes qui découlent de la première. Dans l'affaire *MacIntyre*, la Cour s'est appuyée sur le principe voulant qu'a priori, les actes judiciaires et les renseignements qui les concernent soient accessibles et publiables[220]. Afin de donner effet aux garanties que prévoit la Charte, nos propositions doivent être conçues sur la base de cette même présomption.

Il nous faut par ailleurs préciser clairement quels types de renseignements sont contenus dans le mandat et la dénonciation y afférente et quels intérêts doivent être protégés avant de définir les limites elles-mêmes. Le mandat énoncera habituellement le nom des agents autorisés à pratiquer une fouille, mais il n'en est pas toujours ainsi. Par exemple, cette mention n'est pas exigée dans le cas des mandats délivrés en vertu des articles 443 et 443.1 du *Code criminel*. En revanche, elle est obligatoire dans le cas des mandats délivrés en vertu de l'article 10 de la *Loi sur les stupéfiants*[221]. D'autre part, le mandat et la dénonciation y afférente pourront identifier d'autres personnes telles que celle qui a délivré le mandat, le dénonciateur, les personnes qui ont fourni des renseignements, y compris la victime du crime, les occupants des lieux devant être fouillés et, éventuellement, un suspect ou un accusé. D'autres renseignements, comme les motifs de la fouille ou de la perquisition, l'infraction reprochée et la description des biens recherchés, figureront aussi dans ces documents.

L'étude que nous avons effectuée sur les mandats de perquisition, dans le cadre de notre document de travail sur les fouilles, les perquisitions et les saisies, a révélé que plus de 50 pour cent des mandats examinés étaient invalides parce qu'ils ne contenaient pas les renseignements nécessaires[222]. Pour cette raison, entre autres, nous avions fortement recommandé qu'en règle générale, le mandat et la dénonciation y afférente puissent être examinés, de façon à encourager un plus grand respect des normes légales relatives à l'autorisation d'exercer ce pouvoir à caractère attentatoire. Certes, l'idée que le public aura accès aux documents pourrait avoir pour effet d'amener certains agents de la paix à omettre certains renseignements dans la demande qu'ils présentent en vue de la délivrance du mandat. Cependant, nous croyons qu'il vaut mieux promouvoir, de

---

219. *Supra*, note 71.

220. Voir *supra*, p. 25-26.

221. S.R.C. 1970, chap. N-1.

222. CRDC, *Les pouvoirs de la police : Les fouilles, les perquisitions et les saisies en droit pénal* [Document de travail n° 30], Ottawa, Approvisionnements et Services Canada, 1983, p. 277.

façon globale, l'observance des règles de procédure relatives à la délivrance des mandats, que de voir à ce que les agents de la paix incluent, dans des cas marginaux, des renseignements qui, après tout, pourraient être sans intérêt.

Après avoir examiné l'importance que présente pour le public un maximum de transparence dans ce contexte, il nous faut maintenant examiner les effets qu'aurait celle-ci sur les autres valeurs en cause. Dans l'affaire *MacIntyre*[223], on a jugé que la protection des personnes innocentes était un motif suffisant pour limiter l'accès du public au mandat et à la dénonciation y afférente, jusqu'à ce que le mandat ait été exécuté et qu'on ait trouvé quelque chose. L'objectif est ici de prévenir l'identification publique des personnes nommées dans un mandat ou dans la dénonciation y afférente, jusqu'à ce que des preuves tangibles aient été trouvées pour étayer les soupçons de l'agent de la paix. Ce mécanisme, toutefois, ne protège qu'une catégorie de personnes «innocentes», à savoir celles qui sont soupçonnées d'activités criminelles, mais à l'égard desquelles les soupçons ont été écartés par des recherches restées infructueuses. Pourtant, il existe d'autres personnes innocentes qui peuvent subir un préjudice du fait de leur identification lorsque les documents relatifs au mandat de perquisition ont été examinés par le public. Par exemple, les occupants des lieux fouillés peuvent n'être pour rien dans le crime visé par l'enquête. Or, la règle établie dans l'affaire *MacIntyre* permettrait leur identification si les preuves de la commission d'une infraction étaient trouvées dans les lieux qu'ils occupent. D'autre part, même la personne initialement soupçonnée d'activités criminelles peut être innocente, en dépit du fait que des choses ont été saisies au cours d'une perquisition. Même lorsque des biens sont saisis en la possession d'une personne soupçonnée de recel, il se peut qu'aucune accusation ne soit portée si, par exemple, on découvre ultérieurement qu'en fait, les biens n'avaient pas été volés, ou encore que le suspect soit en mesure d'expliquer sa possession de façon raisonnable.

Ainsi, le principe établi dans l'affaire *MacIntyre* veut que la personne innocente soit protégée contre le préjudice découlant de l'identification publique. Toutefois, ce principe n'embrasse pas toutes les catégories de personnes innocentes, ni les effets que peut avoir la divulgation d'autres renseignements contenus dans un mandat ou la dénonciation y afférente. C'est pourquoi, à l'issue de nos travaux sur les fouilles, les perquisitions et les saisies, nous avions recommandé que le législateur sanctionne d'autres restrictions, en plus de celles dont il avait été question dans l'affaire *MacIntyre*[224]. Cependant, depuis que nous avons fait connaître notre position, un certain nombre de décisions ont été rendues dans lesquelles on a interprété la portée de la liberté d'expression et de la liberté de la presse dans le contexte des procédures pénales. Par ailleurs, de nouvelles dispositions restreignant la publication du contenu des mandats et des dénonciations y afférentes ont été introduites dans le *Code criminel*[225]. Ces dispositions ont suscité de vives réactions de la part des médias qui, dans certains cas, sont allés jusqu'à défier délibérément les nouvelles restrictions.

---

223. *Supra*, note 71.

224. Voir CRDC, *op. cit. supra*, note 4, article 17 et p. 34-37.

225. *Code criminel*, art. 443.2, précité, *supra*, p. 29-30.

Ainsi, certains journaux ont publié, sans le consentement de l'occupant[226], le lieu où une perquisition avait été pratiquée, en dépit de l'interdiction de publication imposée à l'égard de ce renseignement. Les tribunaux ont fait droit à leurs conclusions et ont déclaré que l'interdiction de publication violait les dispositions de l'alinéa 2*b*) de la Charte[227]. Pour sa part, le ministre de la Justice a annoncé qu'il tenait pour inopérantes les nouvelles dispositions du *Code criminel*. À cause de ces développements, nous avons décidé de revenir sur cette question dans le présent document.

Le paragraphe 10(2) permet au public d'avoir accès au mandat et à la dénonciation y afférente, après que le mandat a été exécuté, et même si rien n'a été trouvé au cours de la perquisition. L'objectif de l'application efficace du droit pénal devient manifestement moins primordial une fois que le mandat a été exécuté, et comme on l'a reconnu dans l'affaire *MacIntyre*[228], c'est alors l'intérêt que présente la transparence pour le public qui devient prépondérant. Cela dit, il n'existe selon nous aucune raison d'associer directement au «succès» de la perquisition la possibilité de divulguer l'identité de personnes qui peuvent être nommées dans les documents relatifs au mandat.

Le paragraphe 10(3) permet la publication du contenu d'un mandat et de la dénonciation y afférente. Nous n'imposerions aucune restriction à la publication des renseignements contenus dans les documents relatifs au mandat sauf lorsqu'il est nécessaire, dans les cas prévus aux paragraphes 10(4) et 10(5), de cacher certains renseignements ou d'empêcher que le public y ait accès. Il s'agit là d'une dérogation marquée par rapport au droit actuel, mais qui nous paraît nécessaire au regard de la Charte.

Chose plus importante, notre proposition n'aurait pas pour effet d'empêcher la publication de l'identité des personnes nommées dans les documents relatifs au mandat de perquisition. Au cours de nos consultations, nous avons soumis aux participants une version révisée de l'article 443.2 du *Code criminel*, les modifications ayant pour but de protéger l'identité de toutes les personnes innocentes (y compris celles qui sont présumées innocentes, à savoir les suspects) et d'empêcher la publication du lieu où est pratiquée une fouille ou une perquisition. La règle proposée était assujettie à une réserve concernant le consentement, et l'interdiction de publication aurait pris fin au moment de la divulgation des renseignements au cours de procédures judiciaires, au moment du dépôt d'accusations par suite de la perquisition, ou encore sur l'ordre du tribunal.

Les critiques formulées à l'égard de notre proposition, qui était elle-même beaucoup plus libérale que l'article 443.2 actuel du *Code criminel*, étaient essentiellement de deux ordres. Certains participants se sont dits d'avis qu'une telle disposition continuerait de porter atteinte à la liberté d'expression. Elle aurait permis

---

226. Voir, par exemple, Peter Moon, «Law amendment gags media, MPs say», *The Globe and Mail*, 14 février 1986, p. A1.

227. Voir *Canadian Newspapers Co.* v. *A.G. Canada*, *supra*, note 91.

228. *Supra*, note 71.

l'accès à certains renseignements se trouvant dans les documents relatifs au mandat, tout en prohibant la communication d'une partie de ces renseignements. Suivant ce raisonnement, il serait préférable d'interdire l'accès lorsque cela est nécessaire pour protéger un intérêt supérieur.

D'autre part, certains participants ont fait valoir que la protection conférée par cette proposition aux personnes innocentes était si limitée qu'elle était en réalité illusoire, étant donné qu'elle devait prendre fin au moment du dépôt d'accusations, de la divulgation au cours d'une procédure judiciaire ou du prononcé d'une ordonnance par le tribunal. Par ailleurs, la règle proposée n'aurait pas empêché la publication de renseignements, au sujet des perquisitions, qui proviendraient d'autres sources que les documents relatifs au mandat, de sorte que les personnes innocentes auraient pu éventuellement être identifiées. Par conséquent, notre solution n'aurait fait que différer un résultat inévitable.

À l'issue de délibérations considérables, la Commission a décidé de ne pas recommander que le contenu du mandat et de la dénonciation y afférente puisse faire l'objet d'une interdiction de publication. Cela dit, nous sommes toujours convaincus que dans certains cas exceptionnels, certains renseignements que contiennent ces documents ne devraient pas être divulgués. Mais préférablement à une interdiction de publication, nous recommandons que lorsque cela est nécessaire, les renseignements délicats soient rendus inintelligibles au moyen d'un code. Ce n'est que dans le cas où une telle mesure serait inefficace que l'accès aux documents pourrait être interdit. Ces propositions sont formulées aux paragraphes 10(4) et 10(5).

Le paragraphe 10(4) permettrait au tribunal qui délivre un mandat de cacher certains renseignements figurant sur celui-ci dans des circonstances délimitées rigoureusement. Cette solution a initialement été proposée par la Commission dans son rapport nº 24 intitulé *Les fouilles, les perquisitions et les saisies*[229]. Le pouvoir de rendre une ordonnance limitant l'accès aux renseignements figurant dans les documents judiciaires avait été envisagé par la Cour suprême du Canada dans l'affaire *MacIntyre*, où la majorité avait déclaré ce qui suit :

> Il n'y a pas de doute qu'une cour possède le pouvoir de surveiller et de préserver ses propres dossiers. L'accès peut en être interdit lorsque leur divulgation nuirait aux fins de la justice ou si ces dossiers devaient servir à une fin irrégulière. Il y a présomption en faveur de l'accès du public à ces dossiers et il incombe à celui qui veut empêcher l'exercice de ce droit de faire la preuve du contraire[230].

Dans l'affaire *Re A.G. of Ontario and Yanover*, on a interprété ce pouvoir discrétionnaire comme permettant au tribunal qui délivre le mandat de mettre sous scellés les documents relatifs au mandat, surtout dans les cas où le public pourrait ainsi

229. CRDC, *op. cit. supra*, note 4, paragraphe 9(1), p. 24. La Commission a aussi recommandé, à l'article 8, p. 22, que la police ne soit pas tenue de révéler l'identité de ses informateurs lorsqu'elle demande un mandat de perquisition. Voir cependant *Aikenhead Door and Hardware Ltd.* v. *Wagschal*, 13 W.C.B. 280, le 23 janvier 1985 (H.C. Ont.), non publié, où l'on a annulé un mandat de perquisition dans lequel on avait omis de préciser l'identité d'un informateur.

230. *Supra*, note 71, p. 189.

avoir accès à des renseignements concernant des opérations de surveillance électronique par la police, l'identité d'informateurs anonymes et l'application de techniques d'investigation par la police, ou encore lorsque la divulgation aurait autrement pour effet d'entraver une enquête policière en cours[231].

Toutefois, notre solution s'écarte de celle qui a été proposée dans l'affaire *Yanover*. En effet, nous recommandons que le tribunal qui délivre le mandat ait le pouvoir de supprimer certains renseignements particulièrement délicats, plutôt que d'interdire l'accès à l'ensemble des documents. Nous avons défini deux catégories de renseignements qui pourraient faire l'objet d'une telle ordonnance. À l'alinéa 10(4)a), il est question des numéros de téléphone que peuvent contenir les documents relatifs au mandat et qui, s'ils étaient divulgués, révéleraient l'existence d'activités d'écoute électronique. Dans le cas où un mandat serait demandé en vue d'effectuer des perquisitions dans les locaux d'une compagnie de téléphone pour y examiner des documents, la divulgation de l'existence des activités de surveillance électronique serait inévitable si aucune restriction ne pouvait être imposée à la divulgation des numéros de téléphone sur lesquels portent les documents recherchés, d'où la nécessité de conférer au juge de paix le pouvoir de rendre ces renseignements inintelligibles au moyen d'un code.

L'alinéa 10(4)b) permettrait que le nom ou les traits caractéristiques d'un informateur soient rendus inintelligibles dans le cas où la divulgation de ces renseignements mettrait cette personne en danger. Cette proposition est conforme à la protection qu'offre le common law aux informateurs de la police[232].

Le paragraphe 10(5) permettrait au juge de paix qui délivre le mandat d'interdire au public, dans des circonstances très limitées, l'accès aux documents relatifs au mandat. Ce pouvoir est analogue à celui que l'on avait reconnu dans l'affaire *Yanover*. Toutefois, nous en limiterions l'exercice aux cas où la divulgation entraverait une enquête policière en cours[233] ou constituerait une menace pour la vie ou la sécurité d'une personne. En outre, ce pouvoir ne pourrait être utilisé que lorsqu'il serait insuffisant, dans les circonstances, de rendre inintelligibles certains renseignements contenus dans le document. Par exemple, cela permettrait au juge de paix d'interdire au public d'avoir accès aux documents lorsque la divulgation des renseignements qu'ils contiennent menacerait la sécurité d'une personne autre qu'un informateur de la police, c'est-à-dire un tiers innocent. De même, dans l'hypothèse où les documents relatifs au mandat contiendraient des renseignements autres qu'un numéro de téléphone relatifs à une enquête policière en cours, le juge de paix pourrait empêcher le public d'y avoir accès. Conformément au droit actuel, cependant, la partie intéressée pourrait toujours avoir accès aux documents après l'exécution du mandat[234]. Récemment, la Cour

---

231. (1982) 68 C.C.C. (2d) 151 (C. Prov. Ont.), p. 163 [ci-après *Yanover*].

232. Voir, par exemple, *Bisaillon*, *supra*, note 135.

233. Il semble qu'aux États-Unis, l'accès du public aux documents relatifs au mandat puisse aussi être interdit lorsqu'une enquête policière est en cours : *Seattle Times Co.* v. *Eberharter*, (1985-86) 38 Crim. L. Rptr. 2353 (Wash. Sup. Ct.).

234. Voir, par exemple, *Realty Renovations Ltd.* v. *A.G. for Alta.*, *supra*, note 88; *MacIntyre*, *supra*, note 71.

suprême de Terre-Neuve a jugé qu'à titre de personne intéressée, la personne dont la propriété avait été fouillée pouvait également avoir accès aux documents relatifs au mandat placés sous scellés, même si cela risquait d'entraîner la divulgation de l'identité d'un informateur[235]. Selon la Cour, cette personne devait avoir accès aux documents pour être en mesure de contester la validité du mandat.

Le paragraphe 10(6) permettrait au tribunal appelé à contrôler la validité d'un mandat ou de la décision de cacher certains renseignements se trouvant dans les documents relatifs au mandat, de révéler des renseignements qui avaient antérieurement été rendus inintelligibles dans le cas où l'accusé en aurait besoin pour présenter une défense pleine et entière. Ce pouvoir est analogue à celui que nous avons proposé ci-dessus en matière de surveillance électronique (recommandation 9). Par ailleurs, il ne servirait à rien de préciser que le tribunal peut permettre à l'accusé d'avoir accès aux documents relatifs au mandat qui n'ont pas été communiqués au public, étant donné que l'accusé, à titre de partie intéressée, peut en tout temps avoir accès aux documents après l'exécution du mandat[236].

Sur ce point, notre solution nous paraît constituer une amélioration par rapport à l'article 443.2 du *Code criminel*. En effet, le droit actuel comporte un certain nombre de difficultés que nous avons tenté d'éviter dans notre recommandation.

Premièrement, l'interdiction de publication et de diffusion prévue à l'article 443.2 est trop large. Elle s'applique indistinctement, que les renseignements aient été découverts par l'examen du mandat ou proviennent d'autres sources. De plus, elle s'applique dans tous les cas où un mandat a été délivré ou encore lorsqu'une perquisition a été pratiquée en vertu d'un mandat. Par conséquent, le reporter qui aurait assisté à une perquisition pratiquée en vertu d'un mandat n'aurait pas le droit de publier le lieu de la perquisition ni le nom de l'occupant même s'il n'a jamais cherché à avoir accès aux documents relatifs au mandat. Nous avons évité de proposer une prohibition aussi générale, en permettant la publication de renseignements concernant les fouilles et les perquisitions, que ceux-ci proviennent des documents relatifs au mandat ou d'autres sources. Autrement dit, nous ne recommandons pas de restreindre la publication de l'information qu'une personne a acquise au sujet d'une fouille ou d'une perquisition. Sinon, on se trouverait à imposer des limites trop grandes à la liberté d'expression et à la liberté de la presse, puisque cela pourrait avoir pour effet d'empêcher la communication de renseignements qui ne seraient en réalité que des faits observables. Dans les deux cas où l'article 443.2 du *Code criminel* a été jugé inopérant au regard de la Charte, le tribunal a critiqué cet aspect du droit actuel[237].

L'article 443.2 pose une deuxième difficulté en ce qu'il protège le suspect et l'occupant des lieux fouillés, mais non les informateurs. Nous avons remédié à cette lacune aux paragraphes 10(4) et 10(5), qui permettent au tribunal de rendre l'identité

---

235. *Rideout and Rideout and Associates Ltd.* v. *R.*, (1987) 61 Nfld & P.E.I.R. 160 (C.S. T.-N.).

236. *Ibid.*

237. *Supra*, note 91, p. 215 (H.C. Ont.) et p. 382 (B.R. Man.).

d'un informateur inintelligible au moyen d'un code, ou d'empêcher le public d'avoir accès aux documents relatifs au mandat lorsque la divulgation du contenu de ceux-ci mettrait cette personne en danger.

Troisièmement, aux termes de l'article 443.2, la publication du lieu d'une fouille ou du nom d'un occupant ou d'un suspect, que ces noms se trouvent ou non dans le mandat ou la dénonciation y afférente, est conditionnée par le consentement préalable de tous les occupants et de tous les suspects. Cette difficulté est d'ailleurs la plus grave que soulève la disposition[238]. Dans un cas complexe, les personnes qui occupent un même lieu peuvent être très nombreuses (dans le cas d'un immeuble de bureaux par exemple) et il peut y avoir des dizaines de suspects (par exemple les dirigeants de plusieurs compagnies), de sorte qu'il serait pratiquement impossible d'obtenir de tous et chacun d'entre eux qu'ils consentent à la publication. Qui plus est, cette exigence pourrait bien constituer une atteinte à la vie privée et à la protection des personnes innocentes. En effet, pour que la disposition soit respectée, il faudrait que les médias puissent avoir accès aux noms et adresses de personnes innocentes qui ne seraient même pas nommées dans les documents relatifs au mandat, afin d'obtenir leur consentement avant la publication. Ainsi, la disposition ouvrirait la voie au harcèlement des personnes innocentes qu'elle a censément pour but de protéger. Certes, nous reconnaissons que la solution que nous proposons pourrait permettre la publication du nom de personnes innocentes. Dans les cas où cela serait fait d'une façon qui puisse couvrir d'opprobre une personne innocente en lui imputant sans motif des agissements criminels, celle-ci disposerait d'un recours civil en diffamation. En revanche, s'il est simplement rapporté qu'une fouille a eu lieu au domicile d'une personne, le préjudice subi par celle-ci est relativement mineur. Et si cette personne devait subir un préjudice véritable, ce serait en raison de conclusions hâtives ou mal fondées au sujet de ses rapports avec l'enquête menée par la police. À notre avis, le *Code criminel* n'est pas le moyen approprié pour faire échec à la tendance à tirer des conclusions hâtives. Du reste, cette tendance ne saurait servir de base à l'élaboration de règles de procédure qui se voudraient bien fondées.

Quatrièmement, l'interdiction de publication prévue à l'article 443.2 ne prend fin que lorsque des accusations ont été portées «à l'égard d'une infraction visée par le mandat». D'une part, cela signifie qu'à partir du moment où des accusations sont portées par suite d'une enquête, le nom de personnes innocentes peut être publié. D'autre part, si aucune accusation n'est portée par suite de l'enquête qui précède la fouille ou la perquisition (ou dans le cas où la perquisition donnerait lieu au dépôt d'accusations différentes), les médias se verraient liés indéfiniment par l'interdiction, à moins de satisfaire aux exigences relatives au consentement[239]. Cela a pour effet de créer deux catégories de personnes «innocentes» dont les locaux ont été fouillés, suivant que des accusations ont subséquemment été portées ou que, au contraire, on n'a porté aucune accusation ou on a porté des accusations différentes. De l'avis de la Commission, cette distinction n'a pas sa raison d'être.

---

238. Dans l'affaire *Canadian Newspapers Co.* v. *A.G. Canada*, la Haute Cour de l'Ontario a aussi critiqué cet aspect de l'article 443.2; *supra*, note 91, p. 214.

239. *Ibid.*

Enfin, l'article 443.2 du *Code criminel* comporte, par renvoi, une définition spécifique du terme «journal» qui assujettit à la prohibition les publications quotidiennes et mensuelles, mais non les publications trimestrielles ou annuelles[240]. Or, il ne semble exister aucune raison valide pour justifier cette distinction. Il va sans dire que dans le contexte de notre solution, cette question devient sans objet puisque nous ne préconisons pas la possibilité d'imposer une interdiction de publication.

RECOMMANDATION

La façon de disposer des choses saisies

11. (1) Toute audience au cours de laquelle une décision est prise quant à la façon de disposer de choses saisies devrait être ouverte au public, sous la seule réserve du paragraphe 444.1(10) du *Code criminel*, aux termes duquel l'audience tenue afin de déterminer la façon de disposer de documents saisis chez un avocat doit avoir lieu à huis clos si le privilège des communications entre client et avocat a été invoqué.

(2) Toute personne a le droit d'examiner l'inventaire des choses saisies et le procès-verbal postérieur à la fouille, la perquisition ou la saisie.

(3) Le contenu d'un inventaire des choses saisies ou d'un procès-verbal postérieur à la fouille, la perquisition ou la saisie peut être publié ou diffusé intégralement.

Commentaire

La *Loi de 1985 modifiant le droit pénal* a introduit de nombreux changements dans la façon de disposer des choses saisies. Les questions de l'accès à ces procédures, en tant qu'actes judiciaires, et de leur publicité[241], devraient être régies par la présomption générale en faveur de la transparence. Dans une certaine mesure, il y a lieu de faire une distinction entre les procédures relatives à la façon de disposer des choses saisies et les procédures d'enquête préalables au procès comme l'écoute électronique et les demandes de mandat de perquisition. En effet, l'audience tenue afin de déterminer la façon de disposer de choses saisies a habituellement lieu à l'issue d'une enquête, et non au début. Dans ces conditions, le danger que l'accès du public aux procédures mette en péril une enquête criminelle ou nuise à l'application de la loi s'en trouve réduit. C'est pourquoi nous recommandons, au paragraphe 11(1), que le public soit admis à assister aux audiences visant à déterminer la façon de disposer de choses saisies, sous la seule réserve du paragraphe 444.1(10) du *Code criminel*, aux termes duquel l'audience portant sur la question de savoir si des documents saisis sont

240. *Id.*, p. 212.

241. Voir, par exemple, le sous-alinéa 445.1(1)*b*)(i) et l'alinéa 445.1(2)*a*) (présentation des choses saisies à un juge de paix); les alinéas 446(2)*a*) et 446(3)*a*) (ordonnance de prolongation de la rétention); les paragraphes 446(5),(6),(7) et (10) (ordonnance de disposition); le paragraphe 446(15) (demande d'accès à une chose saisie); le paragraphe 446(17) (appel d'une ordonnance de disposition); le paragraphe 446.2(2) (disposition de choses obtenues criminellement).

visés par le privilège des communications entre client et avocat doit avoir lieu à huis clos. Dans les autres cas, l'accès du public pourrait bien être bénéfique pour l'enquête de la police. En effet, un observateur pourrait être en mesure de fournir des renseignements importants, sur la propriété des choses saisies notamment.

Le paragraphe 11(2) traite de l'accès aux documents liés à la façon de disposer des choses saisies. La mention de l'«inventaire des choses saisies» fait référence aux recommandations que contient notre rapport n° 27, *La façon de disposer des choses saisies*, suivant lesquelles l'agent de la paix devrait dresser un inventaire des choses saisies et en remettre copie aux personnes ayant un droit apparent sur les choses saisies[242]. Par ailleurs, si nous avons fait mention du «procès-verbal postérieur à la fouille, la perquisition ou la saisie», c'est pour qu'il soit clair que le public a accès au rapport dressé à la suite d'une perquisition, que des choses aient été saisies ou non. Par exemple, aux termes du paragraphe 443.1(9) du *Code criminel* actuel, l'agent de la paix est tenu de dresser un rapport écrit après avoir exécuté un télémandat, que des choses aient été saisies ou non au cours de la perquisition[243]. D'autre part, en vertu de l'article 445.1, l'agent de la paix qui a exécuté un mandat peut soit apporter les choses saisies devant un juge de paix, soit dresser un rapport[244]. Sur ce point, nos recommandations visent à favoriser l'intérêt que présente pour le public le fait d'être informé de l'activité de la police et de promouvoir le respect de l'obligation de rendre compte, en permettant au public d'avoir accès au mandat exécuté, même lorsque rien n'est saisi, de même qu'aux procédures postérieures à la saisie et au procès-verbal postérieur à la perquisition, la fouille ou la saisie.

La question de la publication du contenu de l'inventaire et du procès-verbal postérieur à la perquisition, la fouille ou la saisie se distingue de celle de la publication du contenu des documents relatifs au mandat de perquisition. Dans le premier cas, il est peu probable que ces documents contiennent les renseignements dont la divulgation pourrait entraver une enquête policière. De même, il est peu vraisemblable qu'on y trouve le nom d'un informateur de la police. Il n'existe donc aucune raison de limiter la publication du contenu de ces documents.

RECOMMANDATION

Le document d'inculpation

12. (1) Le juge de paix peut recevoir une dénonciation en l'absence du public.

(2) Toute personne a le droit d'examiner les documents suivants :

a) la dénonciation qui a été déposée;

b) l'acte d'accusation qui a été présenté.

(3) Le contenu d'une dénonciation ou d'un acte d'accusation peut être publié ou diffusé intégralement.

---

242. CRDC, *op. cit. supra*, note 4, recommandation 2(1), p. 10.

243. Les renseignements qui doivent figurer dans ce rapport sont énumérés aux alinéas 443.1(9)*a*), *b*) et *c*).

244. Le rapport est dressé suivant le formulaire 5.2 du *Code criminel* (paragraphe 445.1(3)).

Commentaire

Comme nous l'avons mentionné dans d'autres contextes, le dépôt d'accusations criminelles met en mouvement divers éléments du processus pénal. Il correspond au moment à partir duquel les motifs qu'a un agent de la paix ou un citoyen de croire qu'une infraction criminelle a été commise par une personne déterminée, sont suffisants pour justifier l'engagement de procédures pénales.

Nous croyons qu'il s'agit là d'une étape importante dans le processus pénal, comme en témoigne la recommandation 12. Celle-ci permettrait au public d'avoir accès sans restriction à la dénonciation, le document qui amorce la poursuite pénale, et d'en publier librement le contenu. Toutefois, cette règle serait assujettie à la prohibition de publier l'identité de la victime ou du plaignant en matière d'infractions sexuelles, prévue à la recommandation 7, pour le cas où la dénonciation contiendrait un renseignement de ce type.

Par ailleurs, nous permettrions au juge de paix de recevoir une dénonciation à huis clos, et ce, pour deux raisons. En premier lieu, la décision de recevoir une dénonciation n'est pas judiciaire, mais bien administrative[245]. Elle ne repose pas sur l'exercice de pouvoirs judiciaires ou discrétionnaires, et n'est donc pas visée par la présomption de transparence. En second lieu, au moment où la dénonciation est déposée, il arrive souvent qu'une décision judiciaire doive être prise quant à la façon de contraindre l'accusé à comparaître pour répondre aux accusations portées contre lui, ou de le mettre sous garde dans l'intérêt de la sécurité du public. Cette question est traitée de façon distincte à la recommandation 13. Toutefois, l'efficacité du processus pourrait exiger que le juge reçoive la dénonciation en l'absence du public.

Bien que la plupart des poursuites pénales soient engagées par le dépôt d'une dénonciation, il existe un autre document, l'acte d'accusation, qui est utilisé pour décrire les accusations portées contre une personne accusée d'infraction criminelle. L'acte d'accusation est dressé une fois que l'accusé a été renvoyé pour subir son procès à l'issue de l'enquête préliminaire ou encore lorsque l'accusé a été libéré à l'enquête préliminaire ou qu'aucune enquête préliminaire n'a eu lieu, dans le cas où le procureur général met l'inculpé directement en accusation. Dans tous ces cas, on parle de dépôt ou de «présentation» de l'acte d'accusation. Même si l'acte d'accusation est préparé à un stade ultérieur de la procédure par rapport à la dénonciation, ces deux types de documents devraient être régis par les mêmes règles quant à leur publication. C'est pourquoi nous avons inclus l'acte d'accusation dans la recommandation concernant la dénonciation. Cette solution uniforme s'inscrit dans la ligne de pensée de notre document de travail n° 55 intitulé *Le document d'inculpation*, dans lequel nous avons recommandé que la distinction entre la dénonciation et l'acte d'accusation soit éliminée en faveur d'un seul type de document d'inculpation[246].

---

245. *R.* v. *Jean Talon Fashion Center Inc.*, (1975) 22 C.C.C. (2d) 223 (B.R. Qué.).

246. CRDC, *Le document d'inculpation* [Document de travail n° 55], Ottawa, CRDC, 1987, p. 17.

Signalons par ailleurs qu'à l'heure actuelle, la présentation de l'acte d'accusation ne comporte aucun processus d'audition. Par conséquent, nous n'avons formulé aucune règle au sujet de la possibilité pour le public d'avoir accès à la procédure de présentation de l'acte d'accusation par le procureur général. Nous examinerons cette procédure de façon plus détaillée dans notre document à venir sur les pouvoirs du procureur général.

RECOMMANDATION

La délivrance des documents visant à assurer la comparution ou l'arrestation

13. (1) Le juge de paix peut entendre en l'absence du public la demande visant la délivrance d'un acte de procédure destiné à assurer la comparution ou l'arrestation d'un inculpé ou d'un témoin.

(2) Toute personne est en droit d'examiner

a) un subpoena;

b) une citation à comparaître;

c) une promesse de comparaître;

d) un engagement, qu'il ait été pris devant un agent de la paix ou un juge de paix;

e) une sommation;

f) une promesse faite devant un juge de paix;

g) un mandat d'arrestation qui a été exécuté.

(3) Le contenu des documents énumérés au paragraphe (2) peut être publié ou diffusé intégralement.

Commentaire

Au moment du dépôt d'une dénonciation[247] ou, par exception, à un stade ultérieur[248], le juge de paix peut délivrer un acte de procédure visant à contraindre l'accusé à comparaître devant le tribunal pour répondre aux accusations portées contre lui, ou visant à assurer la détention de l'accusé ou d'un témoin par voie d'arrestation[249]. Et pour que l'arrestation puisse avoir lieu, il est souvent essentiel que la personne visée n'en soit pas informée au préalable. Pour cette raison, le paragraphe 13(1) permet au juge de paix de procéder en l'absence du public au stade où il entend la demande visant la délivrance d'un acte de procédure destiné à assurer la comparution ou l'arrestation.

---

247. Articles 455.3 et 455.4 du *Code criminel*.

248. Voir, par exemple, l'article 456.1 du *Code criminel*.

249. Dans notre rapport n° 29, intitulé *L'arrestation*, Ottawa, CRDC, 1986, nous avons énuméré les motifs qui justifient l'arrestation : voir les recommandations 2 et 4, p. 23-24 et 31 respectivement.

Le paragraphe 13(2) confère à toute personne le droit d'examiner les documents qui obligent l'accusé ou un témoin à comparaître devant le tribunal ou à se soumettre à la détention avant le procès. Dans tous les cas, sauf celui du mandat d'arrestation, le droit d'accès ne comporterait aucune restriction. La citation à comparaître, la promesse de comparaître et l'engagement pris devant un agent de la paix sont des documents qui sont utilisés avant l'introduction formelle de la procédure par le dépôt de la dénonciation[250]. Quoi qu'il en soit, nous sommes d'avis que le public devrait pouvoir examiner ces documents, afin de pouvoir suivre les développements d'une affaire. Ainsi, le public pourrait apprendre la date à laquelle l'accusé doit comparaître pour répondre aux accusations. Il pourrait aussi prendre connaissance des allégations formulées contre l'accusé et de l'identité des agents de police responsables de l'affaire.

Il en va de même des autres types d'actes de procédure utilisés après le dépôt de la dénonciation. De façon générale, nous croyons qu'il n'existe aucune raison pour restreindre l'accès du public à ces documents qui se trouvent dans le dossier du tribunal. La seule exception à cette règle vise le mandat d'arrestation. Encore une fois, pour que l'arrestation soit un moyen efficace de contraindre une personne de comparaître devant le tribunal ou de la mettre sous garde, il ne faut pas que la personne devant être arrêtée en ait été avisée à l'avance. Dans l'intérêt de l'application de la loi et de la sécurité du public, le mandat d'arrestation ne devrait donc pas pouvoir être examiné avant d'avoir été exécuté. Cette restriction figure à l'alinéa 13(2)g). Elle est analogue à celle que nous proposons dans le contexte des mandats de perquisition à la recommandation 10.

Au paragraphe 13(3), nous précisons que le contenu des documents énumérés au paragraphe 13(2) peut être publié ou diffusé intégralement. Cette recommandation, toutefois, serait assujettie à la règle de la recommandation 7 interdisant la publication de l'identité du plaignant en matière d'infractions sexuelles lorsque ce renseignement figure dans l'un des documents visés par la présente recommandation.

RECOMMANDATION

L'audience relative à la mise en liberté provisoire par voie judiciaire

14. (1) L'audience relative à la mise en liberté provisoire par voie judiciaire devrait être publique.

(2) Le juge de paix devrait être habilité à interdire la publication ou la diffusion de ce qui suit :

a) tout élément de preuve, argument ou motif présentés à l'audience relative à la mise en liberté provisoire par voie judiciaire, s'il est convaincu qu'aucune autre procédure visant à garantir le caractère équitable du procès à venir ne serait suffisante dans les circonstances. Notamment, le juge de paix devrait considérer l'utilité que pourraient avoir l'ajournement des procédures, le processus de sélection des jurés, les directives qui seront données à ceux-ci,

250. Voir les articles 451, 452, 453 et 453.1 du *Code criminel*.

ou encore le renvoi de l'affaire devant le tribunal d'une autre circonscription territoriale;

b) en matière d'infractions sexuelles, tout avis, élément de preuve, renseignement ou argument présentés à l'audience tenue en vue de déterminer la recevabilité de preuves concernant le comportement sexuel du plaignant.

(3) L'interdiction de publication imposée en vertu de l'alinéa (2)a) devrait expirer à l'un ou l'autre des moments suivants :

a) la libération de l'accusé à l'issue de l'enquête préliminaire;

b) la condamnation ou l'acquittement de l'accusé au procès;

c) la suspension des procédures.

(4) La présente recommandation devrait s'appliquer au processus de révision des décisions ou ordonnances prises lors de l'audience relative à la mise en liberté provisoire par voie judiciaire.

RECOMMANDATION

L'enquête préliminaire

15. La recommandation 14 devrait s'appliquer, avec les modifications qui s'imposent, à l'enquête préliminaire.

Commentaire

Comme nous l'avons vu au deuxième chapitre, il existe divers moyens pour protéger le caractère équitable du procès en restreignant la transparence des étapes préalables au procès. À notre avis, les questions que soulève la publication de la preuve présentée à l'enquête sur cautionnement et à l'enquête préliminaire sont suffisamment semblables pour être régies par les mêmes règles. C'est pourquoi la recommandation 15 reprend essentiellement la recommandation 14. Le commentaire qui suit s'applique aussi bien à l'enquête préliminaire qu'à l'enquête sur cautionnement.

Le paragraphe 14(1) commence par énoncer que l'audience relative à la mise en liberté provisoire par voie judiciaire (de même que l'enquête préliminaire) devrait en règle générale être publique. À l'heure actuelle, aucune disposition de la loi ne permet d'exclure le public de l'enquête sur cautionnement, encore que les pouvoirs généraux d'exclusion prévus au paragraphe 442(1) du *Code criminel* puissent censément s'appliquer étant donné qu'ils visent toutes «les procédures dirigées contre un prévenu». L'une des dispositions de la loi applicables aux enquêtes préliminaires, à savoir l'alinéa 465(1)*j*), permet au juge de paix d'exclure une personne de l'enquête, à l'exception du poursuivant, du prévenu et de leurs avocats, «lorsqu'il lui paraît que les fins de la justice seront ainsi mieux servies». Le paragraphe 14(1) énonce clairement que de façon générale, ces procédures devraient se dérouler publiquement, sous la seule réserve du pouvoir général d'exclure le public en vertu de la recommandation 6, pour

des motifs précis. Au cours de nos consultations, on nous a assurés que l'accès du public à l'enquête sur cautionnement et à l'enquête préliminaire ne pouvait compromettre le caractère équitable du procès. En effet, au besoin, l'imposition d'une interdiction de publication concernant les renseignements préjudiciables divulgués au cours de ces procédures serait suffisante à cette fin.

Le pouvoir général d'exclusion prévu à la recommandation 6 permettrait au juge de paix de «refuser au public ou à certaines personnes le droit d'assister à une procédure pénale, en tout ou en partie», lorsque cela est nécessaire pour protéger l'un des intérêts en présence. Cette formulation est inspirée du paragraphe 442(1) du *Code criminel* actuel. Elle conférerait à la prise d'ordonnances d'exclusion une certaine souplesse que ne permet pas le droit actuel. Aux termes de l'alinéa 465(1)*j*), le juge de paix qui préside l'enquête préliminaire et qui estime que l'exclusion est justifiée, n'a d'autre choix que d'exclure *tous* les membres du public de *toute* la procédure[251]. Pour notre part, nous croyons qu'il y a lieu d'éviter ce type d'ordonnance globale. Il ouvre la voie à des atteintes importantes à l'intérêt que présente la transparence pour le public, alors qu'une ordonnance de portée et de durée beaucoup plus limitées suffirait parfaitement à protéger les autres intérêts en cause.

Présentement, si l'accusé en fait la demande, le juge de paix *est tenu* d'imposer une interdiction de publication à l'égard de la preuve soumise à l'audience relative à la mise en liberté provisoire par voie judiciaire (par. 457.2(1)) et à l'enquête préliminaire (par. 467(1)). Dans les autres cas, le pouvoir du juge de paix est discrétionnaire sur ce point[252]. Dans tous les cas, cependant, il s'agit d'un pouvoir absolu en ce sens qu'il s'applique à toute la preuve soumise au cours de la procédure et, dans le cas de l'enquête sur cautionnement, la prohibition vise également aux termes du paragraphe 457.2(1) «la preuve recueillie, les renseignements fournis ou les observations faites et, le cas échéant, les raisons données ou devant être données». De l'avis de la Commission, ces dispositions sont excessivement attentatoires à la liberté d'expression, en dépit du fait qu'elles aient toutes deux été jugées constitutionnellement valides[253]. La nature obligatoire et la portée de la prohibition constituent une dérogation injustifiée au principe de la transparence maximale. Du reste, d'autres types d'ordonnances obligatoires analogues ont été jugés contraires à la Charte[254]. La solution que nous proposons ici est conforme à la recommandation 3 suivant laquelle les interdictions automatiques devraient être éliminées du *Code criminel*.

---

251. *R.* v. *Sayegh (No. 1)*, (1982) 66 C.C.C. (2d) 430 (C. Prov. Ont.); *R.* v. *Sayegh (No. 2)*, (1982) 66 C.C.C. (2d) 432 (C. Prov. Ont.).

252. L'article 467 a été modifié récemment afin de préciser cette règle : *Loi de 1985 modifiant le droit pénal*, art. 97. Il semble toutefois qu'il en était ainsi même avant la modification de l'article 467 : voir M. Robertson, *Courts and the Media*, Toronto, Butterworths, 1981, p. 201.

253. Article 457.2 : voir *Re Global Communications Ltd. and A.G. Canada*, *supra*, note 96; article 467 : voir *R.* v. *Banville*, *supra*, note 102.

254. *Re Southam Inc. and R. (No. 1)*, *supra*, note 28 (où l'on a dénoncé le caractère obligatoire du huis clos pour le procès des jeunes contrevenants); *Canadian Newspapers Co.* v. *A.G. Canada*, *supra*, note 131 (où l'on a dénoncé le caractère obligatoire de l'interdiction de publier l'identité du plaignant en matière d'infractions sexuelles).

Le paragraphe 14(2) est destiné à remplacer les restrictions actuelles. Une ordonnance ne devrait être prise que lorsqu'elle est nécessaire pour protéger un intérêt concurrent et important. L'alinéa 14(2)a) traite de l'intérêt que présente le caractère équitable du procès. Il fait au juge de paix qui préside l'enquête sur cautionnement ou l'enquête préliminaire l'obligation de déterminer, avant de décider d'imposer une interdiction de publication, si les autres façons de garantir le caractère équitable du procès peuvent suffire en l'espèce. Sous plusieurs rapports, ce critère est analogue, tout en étant moins rigoureux, à celui qu'appliquent les tribunaux américains pour déterminer si une interdiction de publication ou une ordonnance d'exclusion est valide sur le plan constitutionnel. Ainsi, dans l'affaire *Nebraska Press Association* v. *Stuart*[255], la Cour suprême des États-Unis a jugé que si la publicité défavorable avant le procès pouvait susciter chez les jurés éventuels des préjugés contre l'accusé, ce risque ne justifiait pas que l'on restreigne la liberté de la presse de publier, avant le procès, de l'information au sujet d'une affaire de meurtre à sensation. La Cour a conclu qu'il n'avait pas été démontré que dans les circonstances, d'autres solutions que l'interdiction de publication, à savoir le renvoi de l'affaire devant le tribunal d'une autre circonscription territoriale, un ajournement ou un soin particulier dans la sélection des jurés, auraient été insuffisantes pour protéger le droit de l'accusé à un procès équitable. La Cour a établi une norme de persuasion à laquelle doit satisfaire celui qui demande une interdiction de publication :

> [TRADUCTION]
> La personne raisonnable éprouvera peu de doutes au sujet de la gravité du préjudice que peut entraîner la publicité préalable au procès. Cela dit, on n'a pas prouvé qu'il en serait ainsi, en l'espèce, avec le degré de certitude qu'exige la jurisprudence sur la question[256].

La Cour suprême des États-Unis a aussi appliqué ce critère au moment de déterminer si l'exclusion du public d'un procès criminel était constitutionnelle[257].

Nous recommandons simplement que le juge de paix qui préside l'enquête ait le devoir d'envisager les divers moyens que lui offre le droit canadien pour garantir le caractère équitable du procès, avant d'imposer une interdiction de publication. Il ne serait pas tenu de rendre une décision formelle comportant le «degré de certitude» ou de «probabilité» que l'on exige aux États-Unis. En ce sens, notre recommandation constitue un compromis. Nous proposons de retirer à l'accusé le droit absolu à une interdiction de publication automatique à l'égard de tous les éléments de preuve soumis à l'enquête sur cautionnement ou à l'enquête préliminaire, tout en lui permettant de montrer, de façon ponctuelle, la nécessité d'une interdiction de publication dans les circonstances. Rappelons le commentaire du juge Dickson (alors juge puîné) dans l'affaire *MacIntyre* :

> Il y a présomption en faveur de l'accès du public à ces dossiers et il incombe à celui qui veut empêcher l'exercice de ce droit de faire la preuve du contraire[258].

255. 427 U.S. 539, 49 L. Ed. 2d 683, 96 S. Ct. 2791 (1976).

256. *Id.*, le juge en chef Burger, p. 569.

257. *Richmond Newspapers, Inc.* v. *Virginia*, (1980) 448 U.S. 555, 65 L. Ed. 2d 973, 100 S. Ct. 2814 (1980).

258. *Supra*, note 71, p. 189.

La Commission estime que cette règle devrait s'appliquer aussi à l'interdiction de publication. Ainsi, dans le cas où la défense ou la poursuite chercherait à limiter l'application de la présomption de transparence, elle devrait s'acquitter de la charge de preuve prescrite. Cela dit, cette charge de preuve ne serait pas aussi lourde que celle qu'exigent les tribunaux américains. Par exemple, nous croyons que l'accusé ne devrait pas faire face à des exigences excessives lorsqu'il s'agit de faire valoir son droit à un procès équitable. Il lui appartiendrait toutefois d'attirer l'attention du tribunal sur l'insuffisance éventuelle des autres solutions procédurales possibles.

L'alinéa 14(2)b) reprend la règle actuelle figurant à l'article 246.6 du *Code criminel*. Le pouvoir d'imposer une interdiction de publication à l'occasion d'un voir-dire tenu au sujet des antécédents sexuels d'un plaignant, devrait pouvoir être exercé aussi bien au moment de l'enquête sur cautionnement ou de l'enquête préliminaire qu'au moment du procès au fond.

Nous avons formulé des propositions concernant l'accès aux documents liés à la mise en liberté provisoire par voie judiciaire (à savoir l'engagement, la promesse, etc.) dans le cadre de notre recommandation traitant de la délivrance des actes de procédure destinés à assurer la comparution devant le tribunal (voir la recommandation 13).

Certains types de preuve peuvent être tellement préjudiciables en soi que leur publication sera pour ainsi dire toujours interdite avant le procès; les confessions, casiers judiciaires et résultats de certaines épreuves scientifiques en sont des exemples frappants. Quoi qu'il en soit, dans le cadre du régime que nous proposons, le pouvoir d'interdire la publication de ces renseignements resterait discrétionnaire, de façon qu'il soit tenu compte des autres moyens qui existent pour protéger le caractère équitable du procès, tel le renvoi de l'affaire devant le tribunal d'une autre circonscription territoriale. Rappelons par ailleurs que les règles actuelles concernant la tentative d'ingérence dans une procédure judiciaire (l'outrage *sub judice*) ont pour effet d'empêcher la publication des éléments de preuve les plus préjudiciables dans le cas des procédures pénales pendantes, même en l'absence de toute interdiction de publication. Ainsi, le régime que nous proposons suppose l'existence d'une forme quelconque d'infraction d'outrage découlant de la publication[259]. Nous n'avons formulé aucune proposition visant à restreindre la liberté d'expression en matière pénale avant la mise en mouvement du processus pénal (par exemple par la police avant le dépôt des accusations). Nos propositions ont une portée limitée et ne visent que la communication de renseignements concernant les procédures incidentes à l'intérieur du processus pénal, et non la discussion, au sens large, des affaires pénales en général. Cette question a toujours relevé du domaine des règles relatives à l'outrage au tribunal, thème dont la Commission traite ailleurs dans le cadre de son programme de révision globale des infractions au droit pénal substantif.

---

259. Voir CRDC, *op. cit. supra*, note 10 et le projet de loi C-19, *supra*, note 9.

Nos recommandations constituent une solution pondérée aux difficultés que pose la transparence des procédures préalables au procès. Peut-être avons-nous étendu l'éventail des intérêts qui entrent en jeu à l'occasion de ces procédures, mais nous avons mis beaucoup de soin à la délimitation du pouvoir discrétionnaire que devraient avoir les juges de paix au moment de rendre des ordonnances qui dérogent au principe de la transparence, et nous avons défini la portée de ces ordonnances.

Nous avons également formulé les règles qui, selon nous, devraient régir l'expiration de l'interdiction de publication. Ainsi, le paragraphe 14(3) énumère les circonstances qui devraient mettre fin à l'interdiction de publication visant la preuve et les arguments présentés au cours d'une enquête sur cautionnement ou d'une enquête préliminaire. La règle que nous proposons est analogue à celle qu'énoncent actuellement les articles 457.2 et 467 du *Code criminel*. Au cours de nos consultations, toutefois, on a fait valoir que les dispositions actuelles contiennent des ambiguïtés. Par exemple, elles prévoient que l'interdiction de publication expire lorsque le procès prend fin. Or comment savoir si ce moment correspond à la déclaration de culpabilité ou à l'acquittement, ou encore au prononcé du verdict ou de la peine? De l'avis de la Commission, il n'existe aucune raison pour qu'une interdiction de publication reste en vigueur au-delà de la déclaration de culpabilité ou de l'acquittement de l'accusé, et c'est ce que prévoit l'alinéa 14(3)b).

En cas de suspension des procédures, la détermination du moment où prend fin l'interdiction de publication pose aussi des difficultés. Par souci de clarté et d'exhaustivité, nous avons prévu à l'alinéa 14(3)c) que l'interdiction devrait prendre fin au moment où la suspension est ordonnée, soit par le tribunal, soit par la poursuite.

Signalons cependant que cette proposition n'aura pas toujours pour effet de mettre le procès complètement à l'abri des effets néfastes de la publication des renseignements qui ont fait l'objet d'une interdiction à l'étape de l'enquête sur cautionnement ou de l'enquête préliminaire. Par exemple, nous recommandons que l'interdiction de publication prenne fin, le cas échéant, lorsque l'accusé est libéré à l'issue de l'enquête préliminaire. Or, si la poursuite décide ultérieurement de procéder à la mise en accusation directe de l'accusé, les renseignements visés par l'interdiction pourront avoir été publiés avant la tenue du procès. De même, la poursuite peut décider de reprendre des procédures qui ont été suspendues. Entre-temps, les renseignements qui ont fait l'objet d'une interdiction de publication auront peut-être été publiés. Et même dans le cas où le procès a pris fin, une juridiction d'appel peut très bien ordonner un nouveau procès. Dans les situations de ce type, l'interdiction de publication ne pourra empêcher que les jurés éventuels aient connaissance de preuves préjudiciables soumises avant le procès. En réalité, la protection ne pourrait être garantie dans *tous* les cas que si l'interdiction de publication devait rester en vigueur jusqu'à la fin du procès et l'épuisement de tous les moyens d'appel. Nous croyons que cette solution constituerait une atteinte inacceptable à la liberté des médias de publier des renseignements mis au jour dans le cadre des procédures préalables au procès. Dans ces conditions, si le régime que nous proposons comporte des lacunes, elles n'en sont pas moins nécessaires et raisonnables.

Enfin, le paragraphe 14(4) prévoit que la révision des décisions rendues au cours de l'enquête sur cautionnement ou de l'enquête préliminaire devrait être assujettie aux mêmes règles que ces procédures elles-mêmes. Le tribunal chargé de la révision aurait le pouvoir de maintenir l'interdiction de publication ou l'ordonnance d'exclusion, ou encore d'y mettre fin.

RECOMMANDATION

Les requêtes et demandes préalables au procès

16. (1) Les requêtes et demandes préalables au procès devraient être entendues en public.

(2) L'interdiction de publication qui peut être imposée au moment de l'audience relative à la mise en liberté provisoire par voie judiciaire ou de l'enquête préliminaire devrait aussi pouvoir être imposée, avec les modifications nécessaires, aux requêtes et demandes préalables au procès.

Commentaire

Il existe une grande variété de procédures incidentes qui peuvent avoir lieu avant le procès et qui font partie de la catégorie générale des requêtes et demandes préalables au procès : par exemple les recours extraordinaires, la demande de renvoi de l'affaire devant le tribunal d'une autre circonscription territoriale, la requête pour cesser d'occuper présentée par un avocat, la requête visant à faire casser la dénonciation ou un mandat de perquisition, etc. Nous avons déjà formulé des recommandations relativement à la révision des décisions prises au cours de l'enquête sur cautionnement ou de l'enquête préliminaire (voir les recommandations 14(4) et 15). Des règles doivent toutefois être établies pour ces autres types de procédures préalables au procès. Bon nombre d'entre elles sont courantes et devront être assujetties à la présomption générale en faveur de la transparence maximale. Cependant, dans certains cas, ces requêtes peuvent porter sur des questions susceptibles de compromettre le caractère équitable du procès, telles les raisons pour lesquelles l'avocat de la défense souhaite se retirer du dossier. Il est donc nécessaire d'élaborer un mécanisme pour empêcher la publication, dans de tels cas, de renseignements préjudiciables. La Commission estime que le pouvoir d'imposer une interdiction de publication à l'égard d'une enquête sur cautionnement ou d'une enquête préliminaire devrait être mis à la disposition du tribunal saisi d'une requête ou d'une demande préalable au procès. Cela permettrait au juge qui préside la procédure d'interdire la publication des preuves ou des arguments soumis, dans le cas où une autre solution telle qu'un ajournement, le renvoi de l'affaire devant le tribunal d'une autre circonscription, etc., serait insuffisante, dans les circonstances, pour protéger le droit de l'accusé à un procès équitable.

Dans le cas du renvoi de l'affaire devant le tribunal d'une autre circonscription territoriale, la demande elle-même serait visée par la présente recommandation. À l'heure actuelle, en vertu du common law, les tribunaux ont le pouvoir, lorsqu'une

demande est rejetée, d'interdire la publication du fait qu'une demande a été présentée. À l'appui de l'existence de ce pouvoir, on soutient que le public pourrait éprouver une certaine hostilité envers l'accusé, à la simple idée que celui-ci a cru nécessaire d'aller ailleurs pour être jugé équitablement[260]. À notre sens, le préjudice pouvant découler de la publication du fait qu'une demande de renvoi a été présentée n'est pas assez grave pour justifier une interdiction de publication. Aux termes de l'alinéa 527(1)*a*) du *Code criminel*, le renvoi de l'affaire devant le tribunal d'une autre circonscription territoriale peut être ordonné «si la chose paraît utile aux fins de la justice». Or, il existe de nombreuses raisons, qui n'ont rien à voir avec la possibilité d'être jugé équitablement, pour lesquelles le renvoi pourrait être demandé, notamment lorsque cela est plus commode pour les témoins ou les parties. Par conséquent, nous ne recommandons pas qu'il soit interdit de publier le simple fait qu'une demande a été présentée. Lorsque cela est nécessaire, une interdiction de publication pourrait être imposée, conformément à notre recommandation, à l'égard des allégations formulées à l'audience. Par exemple, dans le cas où l'accusé soutiendrait que la collectivité entretient des préjugés défavorables à son endroit, il pourrait être nécessaire, si l'accusé est débouté de sa demande, d'interdire la publication de ces renseignements afin de protéger le caractère équitable du procès. Cependant, le préjudice découlant de la publication du fait que l'accusé a demandé en vain le renvoi de l'affaire devant le tribunal d'une autre circonscription pourrait être réparé par un ajournement, de façon à permettre que la publicité s'estompe et que le jury soit choisi soigneusement, quitte à faire finalement droit à la demande lorsqu'il s'avère impossible de réunir un nombre suffisant de jurés impartiaux.

D'autres requêtes préalables au procès peuvent toucher directement ou indirectement des renseignements qui ont fait l'objet d'une ordonnance visant à les rendre inintelligibles au moyen d'un code ou interdisant l'accès du public, y compris la demande visant à faire lever une telle ordonnance. Dans le cas de l'ordonnance prohibant l'accès du public à un mandat de perquisition, par exemple, il serait opportun que le tribunal saisi d'une demande de révision puisse exclure le public jusqu'à ce qu'il ait statué sur la demande. Cette situation est prévue par notre proposition générale permettant l'exclusion du public des procédures pénales et figurant à la recommandation 6.

RECOMMANDATION

La conférence préparatoire

17. La conférence préparatoire devrait avoir lieu en l'absence du public.

260. Le pouvoir d'interdire la publication du fait qu'une demande de renvoi devant le tribunal d'une autre circonscription a été présentée, existe déjà : voir *Re Southam Inc. and R. (No. 2)*, *supra*, note 126.

Commentaire

Des modifications apportées récemment au *Code criminel* ont rendu courante la tenue de conférences préparatoires réunissant les avocats des parties «afin de discuter de ce qui serait de nature à favoriser une audition rapide et équitable[261]». Dans le cas d'un procès devant jury, la conférence serait obligatoire. Elle a pour but de régler les questions susceptibles de se poser au cours de l'instruction au fond, de façon plus expéditive que si l'on devait attendre le stade du procès lui-même. Pourront être discutés les aveux ou les concessions que la défense et la poursuite sont disposées à faire afin de réduire la portée des questions en litige. Éventuellement, on pourra envisager la possibilité pour l'accusé de reconnaître sa culpabilité à l'égard d'une infraction moindre et incluse, et discuter de la sévérité de la peine à laquelle il peut s'attendre. Il s'agit là de questions délicates. Et ce serait battre en brèche le rôle de la conférence préparatoire que de permettre au public d'y assister ou d'autoriser la publication de ce qui s'y passe.

La plupart des provinces ont maintenant établi des règles de pratique pour favoriser la tenue de conférences préparatoires; voici, par exemple, la règle de l'Ontario :

> Sauf ordonnance contraire du juge qui la préside, la conférence est une réunion informelle qui se déroule en Chambre et où l'on peut discuter pleinement et librement des questions soulevées, sous réserve des droits des parties à des procédures quelconques qui auraient lieu par la suite[262].

D'autre part, la règle québécoise correspondante énonce que la conférence préparatoire a lieu «en cour»[263]. De l'avis de la Commission, si cette procédure devait se dérouler dans une salle d'audience, en présence du public, l'intérêt que présente la conférence serait en grande partie neutralisé.

En outre, comme le prévoit le *Code criminel* au paragraphe 553.1(1), le tribunal saisi d'une affaire pénale peut «ordonner qu'une conférence préparatoire entre les parties, présidée par le tribunal, juge, juge d'une cour provinciale ou juge de paix, selon le cas, soit tenue afin de discuter de ce qui serait de nature à favoriser une audition rapide et équitable». Autrement dit, la conférence n'est pas une «procédure judiciaire» à proprement parler. Il s'agit généralement d'une rencontre entre les avocats des parties, «présidée» par un juge ou un juge de paix. La conférence n'est donc pas visée par la présomption générale en faveur de la transparence telle que nous la définissons, c'est-à-dire la présomption voulant que «toutes les procédures pénales

---

261. Article 553.1, qui doit entrer en vigueur à la date fixée par proclamation.

262. *Règles de la Cour suprême de l'Ontario concernant les conférences préparatoires en matière criminelle*, TR/86-145, art. 4.

263. *Règles de pratique de la Cour supérieure du Québec en matière criminelle*, TR/86-81, art. 2. La règle québécoise peut s'expliquer par la différence qui existe entre les versions française et anglaise de l'article 553.1. Suivant la version anglaise, la conférence réunit les personnes suivantes : «the prosecutor and the accused or counsel for the accused». Aux termes de la version française, par contre, la conférence a lieu «entre les parties», et il n'est fait aucune mention de l'avocat de l'accusé. Dans ces conditions, la transparence de la procédure est une garantie d'équité envers l'accusé.

comportant l'exercice de pouvoirs judiciaires se déroulent en audience publique» (voir la recommandation 2). C'est pourquoi nous recommandons que les conférences préparatoires aient lieu en l'absence du public.

C. Le procès proprement dit et l'appel

Au stade du procès, les mécanismes ayant pour effet de restreindre la transparence des procédures pénales devraient être moins nombreux qu'avant le procès. Une fois le procès commencé, en effet, les conséquences éventuelles de la publicité sur le caractère équitable du procès devraient susciter beaucoup moins d'inquiétude. Les jurés auront déjà été choisis et, au besoin, on pourra les isoler pour empêcher qu'ils soient influencés par les comptes rendus des procédures publiés par les médias, et faire en sorte que leur verdict repose exclusivement sur la preuve qui leur est soumise (voir le paragraphe 576(2) du *Code criminel*). Pourtant, on peut concevoir des cas où l'exclusion totale ou partielle du public serait justifiable. Ces cas sont prévus à la recommandation 6 qui énonce le pouvoir général d'exclure le public.

RECOMMANDATION

Le procès proprement dit

18. (1) Le procès pénal devrait être ouvert au public.

(2) Le tribunal devrait pouvoir interdire la publication ou la diffusion de tout avis, toute preuve, tout renseignement ou tout argument présenté

a) soit à une audience visant à déterminer la recevabilité de preuves concernant le comportement sexuel du plaignant en matière d'infractions sexuelles;

b) soit au cours d'une partie du procès à laquelle le jury n'a pas assisté jusqu'à ce que le jury se retire pour délibérer.

(3) L'alinéa (2)b) ne s'applique pas lorsque le jury a été placé en isolement.

Commentaire

La recommandation 18 aurait pour effet d'éliminer une grande part des ambiguïtés que contiennent les dispositions actuelles du *Code criminel* qui limitent l'accès aux procédures pénales et leur publication. Le procès pénal devrait se dérouler en public, sous la seule réserve du pouvoir général d'exclusion qu'énonce la recommandation 6. Essentiellement, nous proposons d'éliminer le large pouvoir que confère le paragraphe 442(1) du *Code criminel* d'exclure le public «dans l'intérêt de la moralité publique». Même si ce pouvoir n'a été que peu utilisé en droit canadien, nous croyons néanmoins que sa portée devrait être réduite. À supposer que l'on choisisse d'accepter que la liberté d'expression soit assujettie à certaines limites, il est important d'éviter,

surtout depuis l'adoption de la Charte, que ces limites reposent sur le concept paternaliste voulant qu'il faille, au nom de la «moralité publique», épargner au public le détail des audiences des tribunaux. Nous croyons qu'en matière d'infractions sexuelles [TRADUCTION] «[i]l y va précisément de l'intérêt de la moralité publique de publier le fait que de telles infractions sont poursuivies et jugées[264]». Dans ce domaine, il faut bien se garder de faire entorse au principe de la transparence sous prétexte que les renseignements devant être divulgués publiquement pourraient s'avérer choquants.

Nous avons également supprimé le pouvoir d'exclure le public lorsqu'il y va de l'intérêt «de la bonne administration de la justice». De façon générale, l'administration de la justice est beaucoup mieux servie par la transparence que par les procédures occultes. Et lorsque cela est nécessaire, la meilleure façon de protéger le caractère équitable du procès consiste à prendre des mesures limitant la publicité relative aux procédures préalables au procès ou à recourir à d'autres procédures comme le renvoi de l'affaire devant le tribunal d'une autre circonscription territoriale ou la sélection soignée des jurés. L'interdiction de publication que nous proposons à l'alinéa 18(2)b), qui est inspiré de l'article 576.1 du *Code* actuel, peut contribuer à protéger le caractère équitable du procès devant jury. Cependant, notre proposition est de nature discrétionnaire, tandis que l'article 576.1 prévoit une interdiction absolue.

Le paragraphe 18(2) énumère les circonstances pouvant donner lieu à une interdiction de publication au cours du procès. Dans ce cas encore, nous recommandons l'abolition des restrictions fondées sur la moralité publique et prévues actuellement à l'alinéa 162(1)*a*) du *Code criminel*. À notre sens, la protection de la moralité publique est un critère trop vague et trop large pour servir de base à l'imposition de restrictions à la publication ou à la diffusion de renseignements au sujet des procès criminels.

Cela dit, pourrait être interdite la publication de renseignements au sujet du voir-dire concernant les antécédents sexuels du plaignant en matière d'infractions sexuelles, ou lorsque cela est nécessaire pour empêcher que les jurés aient connaissance de certains renseignements. Ces mécanismes sont déjà prévus aux paragraphes 246.6(3) et 576.1(1) du *Code criminel*.

RECOMMANDATION

Le procès des jeunes contrevenants

19. Le pouvoir d'exclure le public, prévu à l'alinéa 39(1)*b*) de la *Loi sur les jeunes contrevenants*, devrait être remplacé par les dispositions applicables de la recommandation 6.

---

264. *R.* v. *Warawuk*, *supra*, note 113, p. 126.

Commentaire

La portée de notre recommandation au sujet des procédures relatives aux jeunes contrevenants est manifestement très limitée[265]. Les mécanismes de protection que la loi offre actuellement aux jeunes contrevenants et aux jeunes témoins et victimes d'infractions constituent une atteinte beaucoup plus grave à la liberté d'expression que les garanties dont bénéficient les adultes. Néanmoins, dans l'affaire *Re Southam Inc. and R.*[266], on a jugé que ces mécanismes étaient justifiables dans l'intérêt de la réinsertion sociale et de la protection des jeunes.

Toutefois, l'affaire *Southam* n'a pas traité de la restriction qu'énonce l'alinéa 39(1)*b*) de la *Loi sur les jeunes contrevenants*. Cette disposition est au même effet que le paragraphe 442(1) du *Code criminel*, qui permet l'exclusion du public des procédures pénales lorsque cela est «dans l'intérêt de la moralité publique, du maintien de l'ordre ou de la bonne administration de la justice». À la recommandation 6 et dans le commentaire qui l'accompagne, nous avons émis l'opinion que cette disposition est à la fois vague et excessivement large, et devrait être abrogée. Notre recommandation aurait pour effet de ne permettre l'exclusion du public, dans le cas de procédures visées par la *Loi sur les jeunes contrevenants*, que lorsque cela est justifié par les circonstances actuellement énumérées à l'alinéa 39(1)*a*) de la Loi, ou lorsque cela est nécessaire pour protéger les intérêts décrits à la recommandation 6. L'alinéa 6(1)a) traite des jeunes témoins qui sont déjà protégés par les dispositions de l'alinéa 39(1)*a*) de la *Loi sur les jeunes contrevenants*. Par souci d'uniformité et de clarté, les autres dispositions de la recommandation 6 devraient remplacer le vaste pouvoir d'exclure le public prévu à l'alinéa 39(1)*b*) de la *Loi sur les jeunes contrevenants*.

RECOMMANDATION

L'accès aux pièces

20. (1) Sous la seule réserve du paragraphe (2), toute personne devrait pouvoir examiner ou photographier les pièces produites en preuve au cours d'une procédure pénale ou en tirer des copies.

(2) À la demande de toute personne titulaire d'un droit sur une pièce, le tribunal peut rendre une ordonnance restreignant l'accès à cette pièce ou limitant le droit du public de photographier cette pièce ou d'en tirer des copies lorsque cela est nécessaire pour l'une des raisons suivantes :

a) préserver la pièce en cause;

b) protéger tout droit réel sur la pièce en cause;

c) empêcher la divulgation de renseignements privés ou confidentiels que contient la pièce, sauf dans l'un des cas suivants :

---

265. Voir *supra*, note 171.

266. *Supra*, note 28.

(i) les renseignements privés ou confidentiels que contient la pièce sont pertinents au litige dans lequel la pièce a été produite en preuve,

(ii) l'intérêt public exige la divulgation.

(3) L'interdiction de publication imposée par le tribunal s'applique aux pièces concernées et à leur contenu.

Commentaire

Comme nous l'avons mentionné, la Commission a formulé antérieurement des recommandations concernant la façon de disposer des choses saisies[267]. Par ailleurs, depuis l'entrée en vigueur de la *Loi de 1985 modifiant le droit pénal*, le *Code criminel* contient un régime relatif aux choses saisies. Cependant, les questions qui nous occupent ici diffèrent de celles qui faisaient l'objet de nos travaux antérieurs. La raison en est qu'il s'agit ici d'un type particulier de chose : celle qui a été présentée au cours d'un procès pénal pour prouver un fait en litige et qui a été jugée pertinente, qu'elle ait ou non été saisie à l'occasion d'une enquête criminelle. À cette étape du processus, si l'intérêt que présente la chose pour un individu subsiste, l'intérêt qu'elle présente pour le public prend une importance considérable. En effet, cette chose fait désormais partie de la procédure au même titre que les dépositions verbales. Les règles de l'accès aux pièces et de la publication des renseignements qu'elles contiennent doivent donc être établies à la lumière des mêmes principes qui s'appliquent au procès lui-même.

Comme nous l'avons expliqué ci-dessus (p. 35-36), la jurisprudence est contradictoire sur ce point. Le *Code criminel* ne contient aucune disposition qui traite de l'accès du public aux pièces, ou de la publication du contenu de celles-ci. Notre recommandation viendrait donc combler une lacune du droit actuel.

En pratique, le paragraphe 20(1) permettrait au public d'avoir pleinement accès aux pièces et d'en tirer des copies, sous réserve du paragraphe 20(2). Dans les cas où la pièce en question aurait été produite en preuve, elle aura été montrée au tribunal et au jury, ainsi qu'aux personnes assistant au procès. Et en l'absence d'interdiction de publication, ce qui a été vu ou entendu au procès peut être communiqué au grand public. Si l'on veut que les preuves soumises soient rapportées avec exactitude, la possibilité de copier directement les pièces serait manifestement préférable aux paraphrases et aux comptes rendus dressés de mémoire. Si les renseignements que constate une pièce peuvent être publiés, pourquoi pas la pièce elle-même?

Nous reconnaissons toutefois, comme l'a fait la Cour d'appel du Québec dans l'affaire *Lortie*[268], que d'autres intérêts entrent en concurrence avec l'intérêt public quant à la divulgation des pièces. Le paragraphe 20(2) de notre recommandation vise à décrire ces intérêts et à fournir aux tribunaux un mécanisme leur permettant de régler la question des pièces d'une façon qui soit en rapport avec le conflit d'intérêts (privé et public) dont elles font l'objet. Le tribunal devrait avoir le pouvoir de restreindre l'accès

267. Voir *supra*, p. 79-80.

268. *Supra*, note 124.

aux pièces et le droit du public de photographier les pièces et d'en tirer des copies, lorsque cela est nécessaire pour préserver l'objet lui-même ou encore un droit réel sur celui-ci (un droit d'auteur, par exemple). En outre, le tribunal devrait disposer d'un pouvoir discrétionnaire général lui permettant d'interdire la divulgation de renseignements confidentiels à moins qu'ils ne soient pertinents au litige ou que l'intérêt public n'exige la divulgation. Ainsi, lorsqu'une pièce contient des renseignements de nature délicate, mais que leur caractère confidentiel n'est pas pertinent au litige, la vie privée du propriétaire de la pièce devrait être préservée. Dans une certaine mesure, notre solution s'apparente à la position adoptée par la Cour suprême des États-Unis dans l'affaire *Nixon* v. *Warner Communications*[269]. En l'espèce, le tribunal américain a décidé que le juge de première instance pouvait refuser la permission de reproduire des pièces dans le cas où les copies seraient destinées à des fins répréhensibles.

Le paragraphe 20(3) vise à faire en sorte que le public ne puisse avoir accès aux pièces contenant des renseignements dont la publication a été interdite au procès (par exemple le nom d'un informateur).

RECOMMANDATION

Les requêtes et demandes présentées pendant et après le procès

21. (1) Les requêtes et demandes présentées pendant ou après un procès pénal devraient être entendues en public.

(2) L'interdiction de publication pouvant être imposée au cours d'un procès pénal devrait s'appliquer, avec les modifications nécessaires, aux requêtes et demandes présentées pendant ou après le procès.

Commentaire

Comme c'est le cas avant le procès, il existe un certain nombre de requêtes et de demandes qui peuvent être présentées au cours du procès pénal et après celui-ci. De façon générale, nous proposons que toutes ces requêtes et demandes soient entendues en public, sous réserve du pouvoir général d'ordonner le huis clos, prévu à la recommandation 6.

Le pouvoir d'imposer une interdiction de publication à l'égard d'une requête présentée pendant ou après le procès devrait être assujetti aux mêmes règles que dans le cas du procès lui-même. Ces règles sont énoncées à la recommandation 18 et visent le voir-dire tenu au sujet des antécédents sexuels du plaignant ou toute autre question entendue en l'absence du jury.

---

269. 435 U.S. 589, 55 L. Ed. 2d 570, 98 S. Ct. 1306 (1978). Dans une autre décision, la Cour a affirmé que de façon générale, les renseignements se trouvant dans les dossiers des tribunaux peuvent être publiés sans restriction : *Cox Broadcasting Corp.* v. *Cohn*, 420 U.S. 469, 43 L. Ed. 2d 328, 95 S. Ct. 1029 (1975).

Les requêtes postérieures au procès telles que la demande de permission d'interjeter appel, la demande de modification d'une ordonnance de probation (paragraphe 664(3) du *Code criminel*), la demande de réduction du délai préalable à la libération conditionnelle (article 672 du *Code*), ainsi que les recours extraordinaires, devraient toujours être entendues en public. Même dans le cas exceptionnel où la divulgation de l'objet de la requête pourrait compromettre le caractère équitable d'un nouveau procès éventuel, il existe d'autres façons de protéger les droits de l'accusé comme l'ajournement, le choix des jurés, le renvoi de l'affaire devant le tribunal d'une autre circonscription territoriale. Dans bien des cas, l'écoulement du temps avant le début du nouveau procès suffira à faire en sorte que les jurés éventuels ne soient pas influencés par la publicité entourant la présentation de ce type de requête.

RECOMMANDATION

L'appel

22. (1) L'appel interjeté en matière pénale devrait être entendu en public.

(2) Toute personne devrait être en droit d'examiner le dossier d'appel.

(3) Lorsqu'une question faisant l'objet de l'appel est visée par une interdiction de publication en vigueur, le tribunal d'appel devrait déterminer si le maintien de l'interdiction est justifié au regard de l'intérêt public.

Commentaire

De façon générale, le processus d'appel en matière pénale devrait être parfaitement transparent. Le public devrait être en droit d'assister à l'audition de l'appel et, en vue de favoriser une meilleure compréhension du droit pénal et de la procédure, le contenu des audiences des juridictions d'appel devrait pouvoir être publié intégralement. En outre, le public devrait être admis à examiner le dossier d'appel dans tous les cas. Celui-ci contiendra habituellement l'avis énonçant les motifs d'appel, les prétentions écrites que les parties auront soumises, le cas échéant, ainsi que la transcription des procédures de première instance. Nous ne voyons aucune raison pour ne pas permettre l'accès complet à ces documents.

La seule réserve que nous apportons à la transparence des procédures d'appel vise les renseignements qui ont déjà fait l'objet d'une interdiction de publication. Lorsqu'une interdiction a été imposée par la juridiction inférieure, elle devrait pouvoir être réexaminée par le tribunal d'appel qui y mettrait fin s'il estime que l'ordonnance n'est plus justifiée au regard de l'intérêt public. Par exemple, dans le cas où le tribunal de première instance aurait ordonné que l'identité d'un informateur ou du plaignant soit tenue secrète, la cour d'appel devrait avoir le pouvoir discrétionnaire de divulguer le nom de cette personne si elle est d'avis que l'ordonnance léserait l'accusé dans son droit à un procès équitable.

La plupart du temps, l'interdiction de publication ne fera l'objet d'aucune contestation et l'opportunité de l'écarter ne sera même pas soulevée en appel. Ainsi, l'interdiction de publier l'identité d'une jeune victime ou d'un jeune témoin, que l'inculpé soit un adulte ou un adolescent, prendra en pratique un caractère permanent puisque tout le monde s'entend généralement pour dire qu'une telle mesure est justifiée dans l'intérêt de la réinsertion. Nous croyons donc que les juridictions d'appel auront rarement à statuer sur des controverses au sujet de ces types d'ordonnance.

D. La couverture par les médias électroniques

Jusqu'à maintenant, nous n'avons fait aucune différence, sur le plan de l'accès et des activités de reportage, quant à la nature des différents types de médias. À notre avis, la présomption de transparence devrait s'appliquer de façon générale, sans égard à la forme de l'accès recherché, ni au mode de communication des renseignements relatifs aux procédures pénales. Toutefois, en raison de la controverse qui entoure la question de savoir si les médias électroniques doivent être autorisés à diffuser les procédures pénales, nous avons inclus une recommandation spécifique à ce sujet.

Dans la province de l'Ontario, l'accès des médias électroniques aux procédures se déroulant dans les salles d'audience est régi par la *Loi de 1984 sur les tribunaux judiciaires*[270] de la province. Elle permet à l'article 146 la diffusion de procédures judiciaires à des fins éducatives approuvées par le juge qui préside l'audience, avec le consentement des parties et des témoins. Ailleurs au Canada, on ne trouve dans la législation applicable aucune règle aussi précise, et la pratique semble varier d'une province à l'autre[271]. De façon générale, cependant, la couverture des procès par les médias électroniques n'est pas chose courante au Canada[272].

D'autre part, la télédiffusion des procédures pénales est présentement permise dans plus de quarante États américains[273]. Les règles qui en régissent les modalités varient selon les États : certains d'entre eux ne permettent la couverture que des procédures des juridictions d'appel; d'aucuns exigent le consentement de l'accusé; d'autres encore ont édicté des exceptions à l'égard des jeunes contrevenants ou des infractions

---

270. *Supra*, note 145 et texte y afférent.

271. Pour une analyse de la situation, voir *R.* v. *Squires*, *supra*, note 28, p. 334. Voir cependant les règles de pratique du Québec sur ce point, *supra*, notes 149 et 150.

272. Dans un cas, cependant, la Société Radio-Canada a diffusé une procédure pénale se déroulant en Ontario, à compter de l'arrestation de l'accusé et jusqu'à la fin du procès. L'un des premiers prix «Balance de la justice» a été décerné en 1986 à cette émission intitulée «Lawyers — ‹And You Shall Be Heard› », sous les auspices de l'Association du Barreau canadien et de la Commission de réforme du droit du Canada.

273. Pour une étude bien documentée des règles de droit canadiennes et américaines concernant la couverture des procédures judiciaires par les médias électroniques, voir Daniel J. Henry, «Electronic Public Access to Court: A Proposal for Its Implementation Today», dans Anisman et Linden (éds), *op. cit. supra*, note 8, p. 441; voir aussi l'étude comparative que contient l'affaire *R.* v. *Squires*, *supra*, note 28, p. 328-344. Le bref tableau que nous brossons ici repose en grande partie sur ces sources.

sexuelles[274]. En 1981, dans l'affaire *Chandler* v. *Florida*[275], la Cour suprême des États-Unis a jugé que les expériences tentées de façon individuelle par les États sur la couverture électronique sans le consentement des parties n'avaient pas, en soi, pour effet de priver l'accusé de son droit à un procès équitable, à la condition que des garanties raisonnables soient prévues. Cette décision a incité d'autres États à entreprendre des expériences semblables. Toutefois, la couverture électronique des procédures des tribunaux fédéraux américains n'est pas permise[276]. Essentiellement, la position du droit positif américain est la suivante : d'une part, la diffusion électronique des procédures pénales ne contrevient pas au droit de l'accusé à un procès équitable en vertu du sixième amendement, mais d'autre part, l'interdiction de diffusion ne porte pas atteinte à la liberté de la presse protégée par le premier amendement.

Au Canada, il n'y a qu'une seule affaire dans laquelle on a statué de façon définitive sur la liberté des médias de diffuser les procédures judiciaires. Dans *R.* v. *Squires*, le juge Vanek de la Cour provinciale a décidé que les restrictions apportées à l'accès des médias électroniques aux tribunaux de l'Ontario ne contrevenaient pas aux dispositions de la Charte protégeant «la liberté de la presse et des autres moyens de communication[277]». Le juge a ajouté que, à supposer que la règle ontarienne contrevienne effectivement aux dispositions de la Charte, elle constituait néanmoins une limite raisonnable «dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique[278]». Pour en venir à cette conclusion, la Cour a passé en revue la preuve volumineuse fournie par de nombreux témoins et portant sur les effets de la couverture par les médias électroniques sur les intervenants du processus pénal. En résumé, la Cour a conclu que la télédiffusion des procédures judiciaires était susceptible [TRADUCTION] «d'avoir un effet néfaste sur les participants au processus». Et cet effet [TRADUCTION] «a une forte tendance à nuire au processus d'instruction et, du même coup, à l'issue de la procédure[279]». La Cour a entendu la déposition verbale d'un ensemble d'experts regroupant des avocats de la défense, des procureurs du ministère public, des juges et des spécialistes des sciences humaines. En outre, on a renvoyé le juge Vanek à des études effectuées par des spécialistes des sciences humaines aux États-Unis, au sujet des effets de la couverture des procédures par les médias électroniques sur les participants[280]. Malgré tout, le juge a émis l'opinion que ces études [TRADUCTION] «n'avaient pas été effectuées conformément aux méthodes scientifiques approuvées et étaient, de ce fait, très peu fiables[281]». En d'autres termes, même si certains experts américains estiment que la télédiffusion peut avoir un effet

274. Henry, *loc. cit. supra*, note 273, appendice 1, p. 475, 479, 484 et 485 respectivement.

275. 449 U.S. 560, 66 L. Ed. 2d 740, 101 S. Ct. 802 (1981). Cette décision s'écarte du jugement rendu par la Cour dans l'affaire *Estes* v. *Texas*, 381 U.S. 532 (1965), où elle avait jugé que la télédiffusion du procès de l'accusé avait porté atteinte au droit de celui-ci à un procès équitable.

276. Voir, par exemple, *U.S.* v. *Hastings*, 695 F. 2d 1278 (11th Cir. 1983).

277. *Supra*, note 28, p. 345.

278. *Id.*, p. 369.

279. *Id.*, p. 360-362.

280. *Id.*, p. 358-359, 361.

281. *Id.*, p. 361.

néfaste sur les témoins, les avocats, le juge et les jurés, il semble n'exister aucune donnée concrète et valide aux yeux des sciences humaines pour prouver ou réfuter ces opinions.

Dans ces conditions, et étant donné que les opinions sont très divisées sur la question[282], il est extrêmement difficile pour la Commission de formuler une recommandation définitive. Par contre, en raison de l'importance que nous attachons à la présomption de transparence, il n'existe actuellement aucun motif pour écarter la possibilité de permettre aux médias électroniques d'avoir accès aux procédures pénales[283]. Quoi qu'il en soit, le risque d'entraver le processus d'instruction en permettant l'accès sans restriction nous incite à ne pas recommander la suppression totale des limites actuelles.

RECOMMANDATION

La couverture par les médias électroniques

23. (1) La couverture par les médias électroniques devrait être permise au niveau de l'appel en matière pénale.

(2) L'enregistrement sonore devrait être permis dans les procédures pénales, en remplacement ou en plus de la prise de notes sténographiques.

(3) Une expérience-pilote au cours de laquelle les médias électroniques seraient autorisés à couvrir des procès criminels devrait avoir lieu à l'échelle nationale en vue d'étudier de façon globale les effets de la présence de caméras vidéo, d'appareils photographiques et de magnétophones sur les témoins, les avocats, les juges et les jurés.

Commentaire

On se perd encore en conjectures pour ce qui est de savoir si la présence des caméras de télévision peut entraver le processus d'instruction. Il n'y a, à notre avis, aucune raison de présumer que la couverture des procédures d'appel par les médias électroniques gênerait de quelque façon ces procédures, à condition que le tribunal puisse maintenir une atmosphère de décorum propre à lui permettre d'entendre les questions dont il est saisi. La Commission estime que les techniques modernes permettraient aux juridictions d'appel d'accomplir leurs fonctions dans la dignité. C'est pourquoi nous recommandons, au paragraphe 23(1), qu'aucune restriction ne soit imposée à la couverture des appels criminels par les médias électroniques. Il va sans

282. Voir, par exemple, Michel Proulx, «Comment: No Cameras Please», dans Anisman et Linden (éds), *op. cit. supra*, note 8, p. 491; Edward L. Greenspan, «Comment: Another Argument against Television in the Courtroom», *id.*, p. 497; P.S.A. Lamek, «Comment: A Middle Way», *id.*, p. 499; S.G. McD. Grange, «Justice and the System», (1985) 19 *Law Society of Upper Canada Gazette* 125.

283. La division de l'Ontario de l'Association du Barreau canadien a recommandé récemment que le public ait davantage accès aux audiences des tribunaux par l'entremise des médias électroniques : *Submission to Ontario Courts Inquiry*, 1986, recommandation 6.15, chap. 6, p. 28.

dire que les médias électroniques seraient, comme tous les autres médias, liés par l'interdiction de publication frappant une affaire donnée.

Au paragraphe 23(2), nous recommandons que l'utilisation de magnétophones soit permise dans les procédures pénales. L'enregistrement sonore constitue un moyen de garantir l'exactitude du compte rendu des déclarations et des dépositions faites dans le cadre des procédures judiciaires. Dans une étude récente, on a constaté [TRADUCTION] «un niveau élevé d'erreurs graves» dans une analyse des citations publiées par la presse écrite relativement au procès de Colin Thatcher[284]. Afin de remédier à la situation, l'auteur de l'étude a recommandé le recours à l'enregistrement sonore. L'utilisation de magnétophones par les médias pendant les audiences a aussi été recommandée par la New South Wales Law Reform Commission. La commission a constaté que l'utilisation de magnétophones ne gênait pas le déroulement des procédures. Toutefois, elle a recommandé que la diffusion publique des enregistrements ne puisse avoir lieu qu'avec la permission du tribunal[285]. Au Royaume-Uni, les procédures judiciaires peuvent être enregistrées sur bande sonore, mais seulement avec l'autorisation du tribunal[286], et les enregistrements ne peuvent être diffusés. Notre recommandation aurait simplement pour effet de permettre l'utilisation de magnétophones pour enregistrer avec exactitude les déclarations et dépositions faites au cours d'une procédure pénale. Pour le moment, nous ne recommandons pas que les enregistrements puissent être diffusés. Il faudra attendre les résultats de l'expérience que nous proposons au paragraphe 23(3) avant de formuler des recommandations au sujet de la diffusion de l'enregistrement des procédures. Certes, il pourrait sembler illogique de permettre l'enregistrement sonore des procédures pénales mais de refuser la diffusion des enregistrements. Toutefois, nous sommes d'avis que les effets néfastes que pourrait avoir l'introduction de magnétophones sur le processus seraient liés à la crainte qu'éprouveraient les participants à l'idée que leurs paroles puissent être diffusées. Cette crainte pourrait se traduire par de la nervosité ou de l'affectation, et devrait être examinée dans le cadre de l'étude sur les effets de l'enregistrement vidéo et de la diffusion.

Le paragraphe 23(3) reflète la réticence que nous éprouvons à formuler une recommandation définitive pour ou contre la couverture par les médias sous toutes ses formes. Nous croyons qu'une décision éclairée sur la question ne pourra être prise qu'à la suite d'une étude globale s'étalant sur une période de temps importante et effectuée dans diverses régions du pays. Les lignes directrices de l'expérience-pilote devraient être élaborées conjointement par divers groupes et organismes, notamment le Conseil canadien de la magistrature[287], l'Association du Barreau canadien, les barreaux provinciaux, les procureurs du ministère public, les professeurs de droit, la police et

284. Peter Calamai, «Discrepancies in News Quotes from the Colin Thatcher Trial», dans N. Russell (éd.), *Trials and Tribulations*, monographie nº 1, School of Journalism and Communications, Regina, Univ. of Regina, 1986.

285. *Sound Recording of Proceedings of Courts and Commissions: The Media, Authors and Parties*, Community Law Reform Program, quatrième rapport, Sydney, NSWLRC 1983, recommandations 5.16 et 5.17, p. 76-77. La proposition que nous avons formulée au paragraphe 23(2) est au même effet que la recommandation 5.16 de la Nouvelle-Galles du Sud.

286. *Contempt of Court Act, 1981* (R.-U.), 1981, chap. 49, par. 9(1).

287. Signalons que le Conseil a déjà pris position contre la présence des caméras de télévision dans les salles d'audience. Voir Henry, dans Anisman et Linden (éds), *op. cit. supra*, note 8, p. 461-462.

les spécialistes des sciences humaines. Des principes directeurs ont déjà été proposés à l'intention des médias par l'Association canadienne des directeurs de l'information en radio-télévision[288], et pourraient orienter l'activité des médias au cours de l'expérience. Celle-ci devrait comprendre l'analyse des effets de l'enregistrement sonore, par opposition à l'enregistrement vidéo, de même qu'une comparaison entre la couverture par des médias électroniques et la couverture par les médias traditionnels. Les données devraient être soigneusement analysées par des experts des sciences humaines et les conclusions, diffusées largement. En l'absence de preuves montrant clairement que la couverture par les médias électroniques a des effets beaucoup plus graves sur les participants que l'activité des médias actuellement autorisés, il y aurait lieu de permettre aux médias électroniques d'avoir accès aux procès criminels, au même titre que les autres médias.

La technique moderne permet de procéder discrètement à l'enregistrement sonore ou vidéo. Aucun éclairage particulier n'est nécessaire et le son peut être transmis par le système d'enregistrement déjà en place dans la salle d'audience. Une seule caméra vidéo suffit à transmettre l'image à tous les médias. L'efficacité de la technique moderne a été démontrée à l'occasion de la couverture par les médias électroniques des activités de la Royal Commission of Inquiry into Certain Deaths at Hospital for Sick Children and Related Matters (la commission Grange). Après avoir été soumis pendant plusieurs mois à une activité intense des médias électroniques, l'avocat de la commission[289] et le commissaire lui-même[290] étaient convaincus que la présence des médias n'avait eu aucun effet défavorable. Bien au contraire, le juge Grange a affirmé que l'introduction des caméras de télévision dans les salles d'audience pouvait être avantageuse pour le public :

> [TRADUCTION]
> Je n'irai pas jusqu'à recommander que [la télévision] soit présente en tout temps dans toutes les salles d'audience. En revanche, je pense que l'expérience devrait être tentée à certains moments dans certaines salles d'audience, dans des conditions bien contrôlées. La raison en est simple. Les citoyens doivent savoir ce qui se passe devant nos tribunaux et le seul moyen par lequel ils peuvent s'en faire une idée juste est celui qu'ils utilisent pour apprendre à connaître toutes nos institutions, à savoir la télévision. Et il est navrant de constater à quel point le public connaît mal notre système et son fonctionnement (par opposition à un autre système ou à des systèmes tout à fait imaginaires)[291].

---

288. Voir Henry, *id.*, appendice 2, p. 487. La division de l'Ontario de l'Association du Barreau canadien a aussi proposé des lignes directrices dans le cadre de sa présentation à la Commission d'enquête sur les tribunaux de l'Ontario. Voir aussi, *supra*, note 283, chap. 6, annexe 1 de l'appendice B.

289. Lamek, dans Anisman et Linden (éds), *op. cit. supra*, note 8, p. 499, a déclaré ce qui suit : [TRADUCTION] «La présence effacée des caméras n'a entravé la procédure en aucune façon (de fait, la présence des photographes de la presse et de leurs appareils s'est révélée beaucoup plus gênante) et n'a eu aucun effet sensible sur le comportement des participants à l'audience».

290. M. le juge Grange, *loc. cit. supra*, note 282, p. 128, a fait le commentaire suivant : [TRADUCTION] «De façon générale, les avocats, et quoiqu'ils soient toujours, à mon regret, un peu trop prolixes, se sont mieux conduits. Quant aux témoins, cela ne semble pas les gêner en quoi que ce soit. Autre grand avantage, le juge aura beaucoup moins tendance à pontifier ou encore à s'endormir».

291. *Id.*, p. 127.

En théorie, nous souscrivons à cette position. Cela dit, tant que des études expérimentales satisfaisantes n'auront pas été réalisées, des doutes subsisteront quant aux effets que peut avoir la couverture par les médias électroniques sur le procès. Aussi, la Commission recommande qu'une telle étude soit effectuée avant que les restrictions auxquelles est actuellement assujetti l'accès des médias électroniques soient levées.

CHAPITRE QUATRE

Sommaire des recommandations

Le regroupement des dispositions de la loi

1. Les dispositions relatives à l'accès du public aux procédures pénales devraient être regroupées dans un chapitre distinct du *Code criminel*.

La présomption de transparence

2. Sous réserve seulement de limites précises énoncées dans les présentes recommandations, le *Code criminel* devrait prévoir que toutes les procédures pénales comportant l'exercice de pouvoirs judiciaires se déroulent en audience publique. Il devrait en outre préciser que le public peut consulter les documents versés au dossier de la cour qui sont relatifs à ces procédures et qu'il est permis de communiquer l'information relative à ces procédures et à ces documents.

L'interdiction obligatoire de publication

3. Il ne devrait subsister dans le *Code criminel* aucune interdiction de publication qui soit obligatoire.

La moralité publique

4. Nulle exclusion de la salle d'audience où se déroulent des procédures pénales ni interdiction de publication ne devraient être prononcées pour protéger la moralité publique.

Les pouvoirs discrétionnaires

5. (1) Lorsqu'une disposition du *Code criminel* autorise le tribunal à limiter, à sa discrétion, l'accès du public, cette disposition devrait être formulée aussi strictement que possible afin d'assurer la reconnaissance des droits supérieurs particuliers qu'elle cherche à protéger tout en réduisant au minimum l'atteinte portée au principe de la transparence du processus pénal.

(2) Lorsque le tribunal est investi du pouvoir discrétionnaire de limiter l'accès du public, ce pouvoir ne devrait être exercé que si la protection des droits supérieurs particuliers qui sont en jeu l'exige. L'ordonnance devrait être limitée dans sa durée et sa portée en fonction des seules nécessités de chaque cas.

(3) L'ordonnance de huis clos ou de non-publication devrait être fondée sur des preuves claires de dommages, éventuels ou réels, et devrait normalement être motivée.

Le pouvoir général d'exclure le public

6. (1) Le tribunal peut refuser au public ou à certaines personnes le droit d'assister à une procédure pénale, en tout ou en partie, dans les cas suivants :

a) cette mesure est nécessaire afin d'obtenir la déposition d'un enfant ou d'un adolescent cité à titre de témoin dans la procédure;

b) cette mesure est nécessaire afin de maintenir l'ordre dans la salle d'audience;

c) cette mesure est nécessaire pour prévenir la divulgation d'informations confidentielles ou devant être tenues cachées du public ou auxquelles celui-ci n'a pas accès;

d) une audience est tenue pour déterminer l'admissibilité des preuves relatives au comportement sexuel d'un plaignant en matière d'infractions sexuelles.

(2) Le tribunal peut exclure des adolescents de la salle d'audience où a lieu une procédure pénale lorsque la communication des informations qui sont présentées au tribunal peut leur causer des préjudices graves ou leur nuire considérablement.

(3) Lorsque le tribunal procède en l'absence du public, il devrait faire publiquement état de la nature et de l'issue des procédures tenues à huis clos dès que cela est raisonnablement possible et avant la formation de la liste du jury ou son rappel si les procédures tenues à huis clos ont eu lieu en l'absence du jury.

(4) Le tribunal ne devrait procéder en l'absence du public que si une interdiction de publier n'était pas efficace dans les circonstances.

L'interdiction générale de publication

7. (1) Une fois qu'une inculpation a été portée relativement à un crime mentionné à l'article 246.4 du *Code criminel*, nul ne peut publier ni diffuser le nom d'une personne faisant partie des catégories suivantes, ni aucun autre renseignement, y compris le nom de l'accusé, permettant d'identifier une telle personne :

a) le plaignant ou la victime du crime, sauf avec son consentement;

b) un enfant ou un adolescent qui est la victime ou un témoin du crime.

(2) Une fois qu'une inculpation a été portée, nul ne peut publier ou diffuser le nom d'un informateur ayant fourni des renseignements confidentiels relativement aux procédures, ni aucun autre renseignement permettant d'identifier une telle personne, sauf avec son consentement.

(3) Le tribunal peut, sur demande, prononcer une ordonnance interdisant la publication ou la diffusion du nom d'une victime ou d'un témoin, et de tout autre renseignement permettant d'identifier une telle personne, lorsque son identification pourrait compromettre sa sécurité.

(4) Le tribunal peut, à la demande de l'accusé, lever l'interdiction de publication prévue aux paragraphes (1), (2) ou (3) lorsque celle-ci peut compromettre le droit de l'accusé de présenter une défense pleine et entière.

[*Recommandation subsidiaire — Protection de l'identité*

(5) Le tribunal peut, à la demande de l'inculpé, de la victime ou d'un témoin, prononcer une ordonnance interdisant la publication ou la diffusion du nom de la personne qui en fait la demande, ou de tout autre renseignement permettant d'identifier cette personne, dans les cas exceptionnels où l'identification entraînerait un préjudice grave et extraordinaire pour cette personne ou pour autrui, et où la divulgation de son identité ne présenterait qu'un intérêt minime pour le public.

(6) Pour rendre une ordonnance en vertu du paragraphe (5) à l'égard de l'inculpé, le tribunal devrait prendre en considération les facteurs suivants :

a) la nature et la gravité du crime, notamment le fait que sa commission comporte l'emploi de la force, ou entraîne une perte matérielle ou la violation de la confiance du public;

b) la question de savoir si les conséquences de l'identification de l'accusé sont disproportionnées avec le crime lui-même ou compromettent les possibilités de traitement ou de réinsertion;

c) tout élément de preuve tendant à établir la bonne moralité de l'accusé, y compris l'absence de casier judiciaire faisant état de crimes connexes;

d) la nécessité d'appliquer efficacement la loi dans la collectivité;

e) la question de savoir si la publication de l'identité de la personne aura un effet dissuasif sur des activités criminelles semblables.

(7) L'interdiction de publication visant l'identité de la personne qui en a fait la demande devrait expirer au moment suivant :

a) lorsque le tribunal l'ordonne;

b) en outre, dans le cas de l'inculpé, au moment où celui-ci est déclaré coupable.]

Les dispositions spéciales visant les procédures dont le public est exclu

8. Lorsqu'une procédure pénale se déroule en l'absence du public, le tribunal peut

a) admettre, dans des conditions appropriées, certains membres du public qui se livrent, de bonne foi, à des recherches sur le fonctionnement du processus pénal;

b) limiter l'accès du public à la transcription de la procédure lorsque la divulgation de son contenu battrait en brèche le motif pour lequel le public a été exclu de la procédure.

La surveillance électronique

9. (1) Le juge saisi d'une demande d'autorisation en vue d'intercepter une conversation privée ou d'une demande de renouvellement de cette autorisation, devrait l'entendre en l'absence du public.

(2) Tous les documents concernant la demande devraient être mis sous scellés et ne devraient être ouverts que sur l'ordonnance du tribunal ou conformément aux règles prévues de divulgation à l'accusé ou à toute autre personne qui a fait l'objet de l'interception.

(3) Toute personne peut examiner une autorisation, le renouvellement d'une autorisation ou un certificat d'avis

a) une fois que l'accusé a été avisé de l'intention de la poursuite de produire en preuve une conversation privée qui a été interceptée et que l'accusé a consenti à la divulgation;

b) une fois que la personne qui a fait l'objet de l'interception a été avisée de celle-ci et a consenti à la divulgation;

c) après que la communication interceptée a été produite en preuve au cours d'une procédure judiciaire.

(4) Tous les renseignements que contient une autorisation, le renouvellement d'une autorisation ou un certificat d'avis peuvent être publiés ou diffusés et les dispositions du *Code criminel* interdisant la divulgation du fait qu'une communication privée a été interceptée devraient être modifiées en conséquence.

(5) Le juge qui est saisi d'une demande d'autorisation ou de renouvellement ou qui a fait droit antérieurement à une telle demande peut, sur requête à cet effet, rendre inintelligible au moyen d'un code les renseignements figurant dans une autorisation ou un renouvellement ou sur les documents relatifs à la demande et dont la divulgation

a) nuirait à une enquête policière en cours;

b) compromettrait la sécurité d'une personne.

(6) Le juge qui accomplit l'un des actes suivants :

a) la révision de la validité d'une autorisation, d'un renouvellement ou de la décision de rendre inintelligible des renseignements figurant dans une autorisation ou un renouvellement, ou sur les documents relatifs à une demande d'autorisation ou de renouvellement,

b) l'audition d'une demande visant à exclure une preuve obtenue au moyen de l'interception d'une communication privée, lorsque la demande est fondée sur un vice de fond dans la demande d'autorisation ou de renouvellement,

peut divulguer tout renseignement rendu inintelligible si cela est nécessaire pour permettre à l'accusé de présenter une défense pleine et entière.

Le mandat de perquisition

10. (1) Le juge de paix qui reçoit une demande de mandat de perquisition devrait entendre celle-ci en l'absence du public.

(2) Toute personne devrait être en droit d'examiner un mandat de perquisition et la dénonciation y afférente après que le mandat a été exécuté.

(3) Le contenu d'un mandat de perquisition et de la dénonciation y afférente devrait pouvoir être publié ou diffusé intégralement.

(4) Le juge de paix qui reçoit une demande visant la délivrance d'un mandat de perquisition ou qui a antérieurement délivré un mandat de perquisition peut, à la demande du requérant, rendre inintelligible au moyen d'un code,

a) tout numéro de téléphone figurant sur le mandat de perquisition ou la dénonciation y afférente lorsque ce numéro pourrait vraisemblablement révéler l'existence d'activités d'écoute électronique s'il était divulgué;

b) le nom d'un informateur et tout renseignement susceptible de l'identifier, figurant sur le mandat de perquisition ou la dénonciation y afférente, lorsque la sécurité de cette personne pourrait être compromise.

(5) Le juge de paix qui reçoit une demande visant la délivrance d'un mandat de perquisition ou qui a antérieurement délivré un mandat de perquisition peut, sur demande, interdire au public d'avoir accès au mandat ou à la dénonciation y afférente jusqu'à ce qu'ils aient été produits en preuve au cours d'une procédure judiciaire, dans le cas où la divulgation de leur contenu serait susceptible

a) soit d'entraver une enquête policière en cours,

b) soit de compromettre la sécurité d'autrui,

et où il serait insuffisant, dans les circonstances, d'ordonner que certains renseignements contenus dans le mandat ou la dénonciation y afférente soient rendus inintelligibles.

(6) Le juge appelé à réviser le bien-fondé d'un mandat de perquisition ou de la décision de rendre inintelligible certains renseignements contenus dans le

mandat ou la dénonciation y afférente peut divulguer tout renseignement rendu inintelligible si cela est nécessaire pour permettre à l'accusé de présenter une défense pleine et entière.

La façon de disposer des choses saisies

11. (1) Toute audience au cours de laquelle une décision est prise quant à la façon de disposer de choses saisies devrait être ouverte au public, sous la seule réserve du paragraphe 444.1(10) du *Code criminel*, aux termes duquel l'audience tenue afin de déterminer la façon de disposer de documents saisis chez un avocat doit avoir lieu à huis clos si le privilège des communications entre client et avocat a été invoqué.

(2) Toute personne a le droit d'examiner l'inventaire des choses saisies et le procès-verbal postérieur à la fouille, la perquisition ou la saisie.

(3) Le contenu d'un inventaire des choses saisies ou d'un procès-verbal postérieur à la fouille, la perquisition ou la saisie peut être publié ou diffusé intégralement.

Le document d'inculpation

12. (1) Le juge de paix peut recevoir une dénonciation en l'absence du public.

(2) Toute personne a le droit d'examiner les documents suivants :

a) la dénonciation qui a été déposée;

b) l'acte d'accusation qui a été présenté.

(3) Le contenu d'une dénonciation ou d'un acte d'accusation peut être publié ou diffusé intégralement.

La délivrance des documents visant à assurer la comparution ou l'arrestation

13. (1) Le juge de paix peut entendre en l'absence du public la demande visant la délivrance d'un acte de procédure destiné à assurer la comparution ou l'arrestation d'un inculpé ou d'un témoin.

(2) Toute personne est en droit d'examiner

a) un subpoena;

b) une citation à comparaître;

c) une promesse de comparaître;

d) un engagement, qu'il ait été pris devant un agent de la paix ou un juge de paix;

e) une sommation;

f) une promesse faite devant un juge de paix;

g) un mandat d'arrestation qui a été exécuté.

(3) Le contenu des documents énumérés au paragraphe (2) peut être publié ou diffusé intégralement.

L'audience relative à la mise en liberté provisoire par voie judiciaire

14. (1) L'audience relative à la mise en liberté provisoire par voie judiciaire devrait être publique.

(2) Le juge de paix devrait être habilité à interdire la publication ou la diffusion de ce qui suit :

a) tout élément de preuve, argument ou motif présentés à l'audience relative à la mise en liberté provisoire par voie judiciaire, s'il est convaincu qu'aucune autre procédure visant à garantir le caractère équitable du procès à venir ne serait suffisante dans les circonstances. Notamment, le juge de paix devrait considérer l'utilité que pourraient avoir l'ajournement des procédures, le processus de sélection des jurés, les directives qui seront données à ceux-ci, ou encore le renvoi de l'affaire devant le tribunal d'une autre circonscription territoriale;

b) en matière d'infractions sexuelles, tout avis, élément de preuve, renseignement ou argument présentés à l'audience tenue en vue de déterminer la recevabilité de preuves concernant le comportement sexuel du plaignant.

(3) L'interdiction de publication imposée en vertu de l'alinéa (2)a) devrait expirer à l'un ou l'autre des moments suivants :

a) la libération de l'accusé à l'issue de l'enquête préliminaire;

b) la condamnation ou l'acquittement de l'accusé au procès;

c) la suspension des procédures.

(4) La présente recommandation devrait s'appliquer au processus de révision des décisions ou ordonnances prises lors de l'audience relative à la mise en liberté provisoire par voie judiciaire.

L'enquête préliminaire

15. La recommandation 14 devrait s'appliquer, avec les modifications qui s'imposent, à l'enquête préliminaire.

Les requêtes et demandes préalables au procès

16. (1) Les requêtes et demandes préalables au procès devraient être entendues en public.

(2) L'interdiction de publication qui peut être imposée au moment de l'audience relative à la mise en liberté provisoire par voie judiciaire ou de l'enquête préliminaire devrait aussi pouvoir être imposée, avec les modifications nécessaires, aux requêtes et demandes préalables au procès.

La conférence préparatoire

17. La conférence préparatoire devrait avoir lieu en l'absence du public.

Le procès proprement dit

18. (1) Le procès pénal devrait être ouvert au public.

(2) Le tribunal devrait pouvoir interdire la publication ou la diffusion de tout avis, toute preuve, tout renseignement ou tout argument présenté

a) soit à une audience visant à déterminer la recevabilité de preuves concernant le comportement sexuel du plaignant en matière d'infractions sexuelles;

b) soit au cours d'une partie du procès à laquelle le jury n'a pas assisté jusqu'à ce que le jury se retire pour délibérer.

(3) L'alinéa (2)b) ne s'applique pas lorsque le jury a été placé en isolement.

Le procès des jeunes contrevenants

19. Le pouvoir d'exclure le public, prévu à l'alinéa 39(1)*b*) de la *Loi sur les jeunes contrevenants*, devrait être remplacé par les dispositions applicables de la recommandation 6.

L'accès aux pièces

20. (1) Sous la seule réserve du paragraphe (2), toute personne devrait pouvoir examiner ou photographier les pièces produites en preuve au cours d'une procédure pénale ou en tirer des copies.

(2) À la demande de toute personne titulaire d'un droit sur une pièce, le tribunal peut rendre une ordonnance restreignant l'accès à cette pièce ou limitant le droit du public de photographier cette pièce ou d'en tirer des copies lorsque cela est nécessaire pour l'une des raisons suivantes :

a) préserver la pièce en cause;

b) protéger tout droit réel sur la pièce en cause;

c) empêcher la divulgation de renseignements privés ou confidentiels que contient la pièce, sauf dans l'un des cas suivants :

(i) les renseignements privés ou confidentiels que contient la pièce sont pertinents au litige dans lequel la pièce a été produite en preuve,

(ii) l'intérêt public exige la divulgation.

(3) L'interdiction de publication imposée par le tribunal s'applique aux pièces concernées et à leur contenu.

Les requêtes et demandes présentées pendant et après le procès

21. (1) Les requêtes et demandes présentées pendant ou après un procès pénal devraient être entendues en public.

(2) L'interdiction de publication pouvant être imposée au cours d'un procès pénal devrait s'appliquer, avec les modifications nécessaires, aux requêtes et demandes présentées pendant ou après le procès.

L'appel

22. (1) L'appel interjeté en matière pénale devrait être entendu en public.

(2) Toute personne devrait être en droit d'examiner le dossier d'appel.

(3) Lorsqu'une question faisant l'objet de l'appel est visée par une interdiction de publication en vigueur, le tribunal d'appel devrait déterminer si le maintien de l'interdiction est justifié au regard de l'intérêt public.

La couverture par les médias électroniques

23. (1) La couverture par les médias électroniques devrait être permise au niveau de l'appel en matière pénale.

(2) L'enregistrement sonore devrait être permis dans les procédures pénales, en remplacement ou en plus de la prise de notes sténographiques.

(3) Une expérience-pilote au cours de laquelle les médias électroniques seraient autorisés à couvrir des procès criminels devrait avoir lieu à l'échelle nationale en vue d'étudier de façon globale les effets de la présence de caméras vidéo, d'appareils photographiques et de magnétophones sur les témoins, les avocats, les juges et les jurés.

ANNEXE

Limitation de l'accès du public et des médias

La présente annexe définit toutes les limitations mentionnées dans le document. Il ne s'agit pas nécessairement d'un inventaire exhaustif des restrictions prévues par les règles actuelles du droit pénal.

Nature	*Source*
Demande d'autorisation d'intercepter une communication privée, entendue à huis clos	Par. 178.12(1) du *Code criminel* : Une demande d'autorisation doit être présentée *ex parte* et par écrit à un juge d'une cour supérieure de juridiction criminelle, ou à un juge défini à l'article 482, et être signée par le procureur général de la province où la demande est présentée ou par le solliciteur général du Canada ou par un mandataire spécialement désigné par écrit aux fins du présent article ...
Documents relatifs à la demande d'autorisation placés dans un paquet scellé	Par. 178.14(1) du *Code criminel* : Tous les documents relatifs à une demande faite en application de l'article 178.12 ou des paragraphes 178.13(3) ou 178.23(3) sont confidentiels et, à l'exception de l'autorisation, doivent être placés dans un paquet scellé par le juge auquel la demande est faite dès qu'une décision est prise au sujet de cette demande; ce paquet doit être gardé par le tribunal, en un lieu auquel le public n'a pas accès ou en tout autre lieu que le juge peut autoriser et il ne doit pas *a*) être ouvert et son contenu ne doit pas être enlevé, si ce n'est (i) pour traiter d'une demande de renouvellement de l'autorisation, ou (ii) en application d'une ordonnance d'un juge d'une cour supérieure de juridiction criminelle ou d'un juge défini à l'article 482; ni *b*) être détruit, si ce n'est en application d'une ordonnance d'un juge mentionné au sous-alinéa *a*)(ii).
Interdiction de divulguer l'existence ou le contenu d'une conversation interceptée	Par. 178.2(1) du *Code criminel* : Lorsqu'une communication privée a été interceptée au moyen d'un dispositif électromagnétique, acoustique, mécanique ou autre sans le consentement, exprès ou tacite, de son auteur

ou de la personne à laquelle son auteur la destinait, quiconque

a) utilise ou divulgue volontairement tout ou partie de cette communication privée, ou la substance, le sens ou l'objet de tout ou partie de celle-ci, ou

b) en divulgue volontairement l'existence,

sans le consentement exprès de son auteur ou de la personne à laquelle son auteur la destinait, est coupable d'un acte criminel et passible d'un emprisonnement de deux ans.

Demande de délivrance d'un mandat de perquisition, entendue à huis clos

P.G. (Nouvelle-Écosse) c. *MacIntyre* (voir *supra*, note 71).

Consultation des documents relatifs au mandat de perquisition seulement après l'exécution de celui-ci et s'il y a eu saisie

P.G. (Nouvelle-Écosse) c. *MacIntyre* (voir *supra*, note 71).

Interdiction de publier le lieu de la perquisition et l'identité des occupants et des suspects

Par. 443.2(1) du *Code criminel* :

Lorsqu'un mandat de perquisition a été décerné en vertu de l'article 443 ou 443.1, ou qu'une perquisition est effectuée en vertu d'un tel mandat, quiconque publie dans un journal ou diffuse des renseignements concernant

a) l'endroit où s'est faite ou doit se faire la perquisition, ou

b) l'identité de la personne qui occupe ou semble occuper cet endroit ou en est ou semble en être responsable ou qui est soupçonnée d'être impliquée dans une infraction à l'égard de laquelle le mandat fut décerné

sans la permission de chaque personne visée à l'alinéa *b*), à moins qu'une accusation n'ait été portée à l'égard d'une infraction visée par le mandat, est coupable d'une infraction punissable par procédure sommaire.

Audiences tenues à huis clos pour décider de la façon de disposer des documents saisis en la possession d'un avocat

Par. 444.1(10) du *Code criminel* :

La demande visée à l'alinéa 3*c*) est entendue à huis clos.

Interdiction de publier la preuve recueillie, les observations faites, les raisons données, etc. à l'enquête sur le cautionnement

Par. 457.2(1) du *Code criminel* :

Lorsque le poursuivant ou le prévenu a l'intention de faire valoir des motifs justificatifs aux termes de l'article 457, il doit le déclarer au juge de paix et le juge de paix peut et doit, sur demande du prévenu, avant le début des procédures en vertu de cet article ou à tout moment au cours de celles-ci, rendre une ordonnance enjoignant que la preuve recueillie, les renseignements fournis ou les observations faites et, le cas échéant, les raisons données ou devant être données par le juge de paix, ne soient publiés dans aucun journal ni radiodiffusés

a) si une enquête préliminaire est tenue, tant que le prévenu auquel se rapportent les procédures n'aura pas été libéré, ou,

b) si le prévenu auquel se rapportent les procédures subit son procès ou est renvoyé pour subir son procès, tant que le procès n'aura pas pris fin.

Public exclu de l'enquête préliminaire

Al. 465(1)*j*) du *Code criminel* :

Un juge de paix agissant en vertu de la présente Partie peut

...

j) ordonner que personne, autre que le poursuivant, le prévenu et leurs avocats, n'ait accès à la salle où se tient l'enquête, ou n'y demeure, lorsqu'il lui paraît que les fins de la justice seront ainsi mieux servies ...

Interdiction de publier les preuves produites à l'enquête préliminaire

Par. 467(1) du *Code criminel* :

Avant qu'il ne commence à recueillir la preuve lors d'une enquête préliminaire, le juge de paix qui préside l'enquête peut

a) à la demande du poursuivant, et

b) à la demande d'un prévenu,

rendre une ordonnance portant que la preuve recueillie lors de l'enquête ne doit être publiée dans aucun journal ni être révélée dans aucune émission, en ce qui concerne chacun des prévenus

c) avant qu'il ne soit libéré; ou

d) lorsqu'il a été renvoyé pour subir son procès, avant que le procès n'ait pris fin.

Interdiction de publier la confession produite en preuve à l'enquête préliminaire

Par. 470(2) du *Code criminel* :

Quiconque publie dans un journal ou radiodiffuse un rapport portant qu'un aveu ou une confession a été présenté en preuve à une enquête préliminaire, ou un rapport indiquant la nature de quelque semblable aveu ou confession ainsi présenté en preuve, sauf

a) si l'accusé a été libéré, ou

b) quand l'accusé a été renvoyé pour subir son procès, si le procès a pris fin,

est coupable d'une infraction punissable sur déclaration sommaire de culpabilité.

Public exclu des procédures dirigées contre un prévenu

Par. 442(1) du *Code criminel* :

Les procédures dirigées contre un prévenu doivent avoir lieu en audience publique, mais lorsque le juge, le juge de la cour provinciale ou le juge de paix qui préside, est d'avis qu'il est dans l'intérêt de la moralité publique, du maintien de l'ordre ou de la bonne administration de la justice, d'exclure de la salle d'audience l'ensemble ou l'un quelconque des membres du public, pour toute ou partie de l'audience, il peut en ordonner ainsi.

Interdiction de publier les pièces produites au cours d'une procédure pénale	*R.* v. *Thomson Newspapers* (voir *supra*, note 120). *Lortie* c. *La Reine* (voir *supra*, note 124).
Interdiction de divulguer une demande de renvoi de l'affaire devant le tribunal d'une autre circonscription	*Re Southam Inc. and R. (No. 2)* (voir *supra*, note 126).
Interdiction de publier les procédures de voir-dire dans un procès avec jury	Par. 576.1(1) du *Code criminel* : Lorsque la permission de se séparer est donnée aux membres d'un jury en vertu du paragraphe 576(1), aucun renseignement concernant une phase du procès se déroulant en l'absence du jury ne doit être, après que la permission est accordée, ni publié dans un journal, ni révélé dans une émission radiodiffusée avant que le jury ne se retire pour délibérer.
Interdiction de publier l'identité des victimes de chantage	*Toronto Sun Publishing Corp.* v. *A.G. Alta.* (voir *supra*, note 128). *R.* v. *Socialist Worker Printers and Publishers Ltd.* (voir *supra*, note 129).
Interdiction d'identifier les prisonniers qui témoignent dans une procédure pénale	*R.* v. *McArthur* (voir *supra*, note 136).
Interdiction d'identifier la personne accusée d'une infraction sexuelle	*R.* v. *R.* (voir *supra*, note 140).
Interdiction d'identifier les indicateurs	*Bisaillon* c. *Keable* (voir *supra*, note 135).
Interdiction de publier l'identité du plaignant en matière d'infractions sexuelles	Par. 442(3) du *Code criminel* : Lorsqu'une personne est accusée d'une infraction visée à l'article 246.4, le juge qui préside le procès, le juge de la cour provinciale ou le juge de paix peut, ou si le plaignant ou le poursuivant lui en fait la demande, doit rendre une ordonnance enjoignant de ne pas publier dans un journal ou de ne pas diffuser à la radio ou à la télévision l'identité du plaignant ou des renseignements qui permettraient de la découvrir.
Public exclu du voir-dire tenu sur le comportement sexuel du plaignant	Par. 246.6(3) du *Code criminel* : Aucune preuve n'est admissible en vertu du paragraphe (1) à moins que le juge, le juge de la cour provinciale ou le juge de paix, après tenue d'une audition à huis clos en l'absence du jury et lors de laquelle le plaignant n'est pas un témoin contraignable, ne soit convaincu que les exigences énumérées au présent article ont été respectées.

Interdiction de diffuser la procédure de voir-dire relative à l'admissibilité du comportement sexuel du plaignant

Par. 246.6(4) du *Code criminel* :

Il est interdit de diffuser dans un journal, à la radio ou à la télévision, l'avis donné conformément au paragraphe (2) et la preuve soumise, les renseignements donnés ou les observations faites au cours d'une audition mentionnée au paragraphe (3).

Interdiction de publier toute matière indécente relativement à une procédure judiciaire

Al. 162(1) *a*) du *Code criminel* :

Commet une infraction, un propriétaire, rédacteur, maître imprimeur ou éditeur qui imprime ou publie,

a) relativement à une procédure judiciaire, toute matière indécente ou tout détail médical, chirurgical ou physiologique indécent, lesquels, étant publiés, sont de nature à offenser la moralité publique ...

Interdiction faite aux médias électroniques de couvrir les procédures pénales

Par. 146(1) de la *Loi de 1984 sur les tribunaux judiciaires*, L.O. 1984, chap. 11 :

Sous réserve des paragraphes (2) et (3), nul ne peut :

a) photographier, filmer, enregistrer avec un magnétophone, ou procéder à d'autres enregistrements susceptibles de reproduction sonore ou visuelle, par procédé électronique ou autre, ou tenter de ce faire :

(i) tout ou partie d'une audience d'un tribunal,

(ii) quiconque entre dans la salle où se tient ou doit se tenir l'audience, ou en sort,

(iii) quiconque se trouve dans l'édifice où se tient ou doit se tenir l'audience, s'il existe des motifs valables de croire qu'il se rend à la salle d'audience ou la quitte;

b) publier, diffuser, reproduire ou distribuer autrement une photographie prise ou un film, une cassette ou un enregistrement faits en contravention avec l'alinéa a).

Art. 30 des *Règles de pratique de la Cour des sessions de la paix* (voir *supra*, note 149) :

La lecture des journaux, la photographie, la prise de croquis, la cinématographie, la radiodiffusion et la télévision sont prohibées à l'audience.

Art. 5 des *Règles de pratique de la Cour supérieure* (voir *supra*, note 150) :

Est interdit à l'audience tout ce qui porte atteinte au décorum et au bon ordre de la Cour.

Sont également prohibées à l'audience la lecture des journaux, la photographie, la cinématographie, la radiodiffusion et la télévision.

Public exclu du procès d'un adolescent

Par. 39(1) de la *Loi sur les jeunes contrevenants*, S.C. 1980-81-82-83, chap. 110 :

Sous réserve du paragraphe (2), tout tribunal ou juge de paix saisi des poursuites intentées en vertu de la présente loi peut exclure de la salle d'audience, pour une partie ou la totalité des procédures, toute personne dont la présence, à son avis, n'est pas nécessaire à la conduite de celles-ci, lorsqu'il estime que l'une des deux conditions suivantes existe :

a) les preuves ou éléments d'information qui lui sont présentés auraient un effet néfaste ou très préjudiciable pour :

(i) l'adolescent poursuivi,

(ii) l'enfant ou l'adolescent appelé comme témoin,

(iii) l'enfant ou l'adolescent victime de l'infraction ou lésé par celle-ci;

b) les bonnes mœurs, le maintien de l'ordre ou la saine administration de la justice exigent l'exclusion de la salle d'audience de certains assistants ou de toute l'assistance.

Interdiction d'identifier l'adolescent accusé ou victime d'une infraction ou appelé à témoigner à l'occasion de celle-ci

Par. 38(1) de la *Loi sur les jeunes contrevenants*, S.C. 1980-81-82-83, chap. 110 :

Sous réserve du présent article, il est interdit de diffuser, par quelque moyen que ce soit, le compte rendu :

a) d'une infraction commise par un adolescent ou imputée à celui-ci, à moins qu'une ordonnance n'ait été rendue à cet égard en vertu de l'article 16,

b) d'une audition, d'un jugement, d'une décision, ou d'un appel concernant un adolescent qui a commis une infraction ou à qui elle est imputée,

faisant état du nom de l'adolescent, de celui d'un enfant ou d'un adolescent victime de l'infraction ou appelé à témoigner à l'occasion de celle-ci ou dans lequel est divulgué tout renseignement permettant d'établir l'identité de cet adolescent ou enfant.